

<36600418030013

<36600418030013

Bayer. Staatsbibliothek

GERARDI NOODT,
NOVIOMAGI,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
OPERA
OMNIA,

AB IPSO RECOGNITA, AUCTA,
EMENDATA, MULTIS IN LOCIS,

ATQUE

IN DUOS TOMOS DISTRIBUTA,

QUORUM PRIOR

QUÆ CONTINEAT, PAGINAPOST PRÆFATIONEM
SEQUENS INDICABIT.

EDITIO RECENS

IN GERMANIA POST VARIAS LUGDUNO-BATAVIENSES.

SUPERIORUM PERMISSU.



COLONIÆ AGRIPPINÆ,

SUMPTIBUS, FRANCISCI WILHELMI JOSEPHI METTERNICH.

M DCC LXIII.



SUMPTIBUS FRANCISCAE WILHELMI JOSEPHI METTENICH.

MDCCLXIII



GERARDUS NOODT ERUDITO LECTORI

S.



fero tibi, Erudite Lector, hoc volumine omnia Opera, quibus conatus sum Jurisprudentiam illustrare, attingi (nisi fallor) materias eximias, & usus per omnes Artis partes diffusi: certè non indignas tractari a ciarisi ingenio: Veterum sensum, ut decet, sine ludibrio cavillationum, ex vero & solido quaesitis in incerto scripturae, temporum, morum, opinionum, sectarum, & quae in hisce Fragmentis praeterea turbent optimum quemque & sagacissimum Interpretem, ea gratia fui animo minimè omisso: saepe incedens via ante nullius aut paucorum pedibus trita, ut ut obscurissima atque asperrima. Tanti erat, si liceret, in locis inuis aliquam planare semitam, & lucem facere, ubi nox erat! quid extricaverim, malim ex aliis, quam ex me, intelligi: quando de se quisque sperat bene. Ego quoque etsi non magnificè de me sentiam; humano more mihi blandior: alioquin non habiturus haec scribendi publicandique aut causam aut necessitatem. Quod si alicubi res sit minus ex sententia: (ut nihil est perfectum) nec idcirco desinet laudabile esse consilium, ausi aliquid meditari pro communi bono; & volentibus imitari exemplum, praebere occasionem detegendi plura adhuc incognita. Ipse nescio, an ulterius sum quid moliturus: quem annus sextus & sexagesimus monet legis Naturae: non magis floribus, plantisque, & cæteris animalibus, quam hominibus, ponentis finem, aliis brevior, aliis longior, omnibus unum. Me vero hac solum esse, qui sperem sanus? quapropter decrevi facere, quod solent peregrinaturi. Illi in tempore colligunt vasa, & quae e re sua suorumque fore existimant, dum licet, disponunt. Ego, quotquot honestas amant artes me earum societate quasi vinculo cognationis attinere, mihi persuadeo: ideoque cupiens his, si possim aequè absens ac praesens prodesse, quae imperfecta pendebant Opera, ad quamdam maturitatem idonea perduxì cura. Insuper quae diversis temporibus ante communicaveram cum erudito orbe, eadem alibi aliqua verborum rerumque, alibi totorum capitum adjectione adjuvi aut auxi; & jam saepius separatim typis edita, quo melius conservarentur, hoc conjunxi volumine: nec sic eis pollicitus aeternitatem. Non est ea humanarum rerum: & superbi sit, hanc spe praesumere. At nec mundo peribit multum hisce carenti. Quamquam dum existabunt, cur nolim proficere, si queant, curiosis talium, nec causam habeo. Interim nil profiteor ultra probabile. Minus aliis posui legem, quam sequantur. Tantum, ut in libera republica, meum dedi suffragium. Id si cui videatur ad verisimile accedere: probet; sin aliter: mutet. Alterum opto: alterum non invideo, Absit modo contumelia: a qua ipse abstinui diligentissime: indecoram arbitratus famam ab alterius imminutione petitam. Quod si quis contrarium malet: me non offendet suis usus moribus, meis placet ac semper placebit hoc Ovidii lib. 2. de Ponto Epist. 9.

— — — *Ingenuas didicisse fideliter artes.*

Emollit mores, nec sinit esse feros.

Subjectus est ad finem voluminis generalis Index & duplex: alter rerum verborumque, alter locorum aut explicatorum aut emendatorum. Erat is necessarius usui complurium Operum varii generis: in quibus multa sunt ex professio, quaedam ex occasione tradita. Ubi non expectantur. Vale.

INDEX & ORDO

OPERUM OMNIUM, QUÆ HOC VOLUMINE CONTINENTUR.

<i>Probabilium Juris Civilis libri IV.</i>	Pag. 1
<i>De Jurisdictione & Imperio libri II.</i>	79
<i>Ad Legem Aquiliam liber singularis.</i>	117
<i>De Fœnore & Usuris libri III.</i>	151
<i>Diocletianus & Maximianus, sive de pactione & transactione criminum liber singularis.</i>	233
<i>Observationum libri II.</i>	278
<i>De forma emendandi doli mali in contrabendis negotiis admissi apud Veteres.</i>	307
<i>De Usufructu libri II.</i>	337
<i>Ad Edictum Prætoris de pactis & transactionibus liber singularis.</i>	419
<i>Julius Paulus, sive de partus expositione & nece apud Veteres liber singularis.</i>	491
<i>Amica responsio ad difficultates Julio Paulo, sive libro De partus expositione & nece nuper motas a Viro Amplissimo, Cornelio van Bynckershoek, Jurisconsulto & in suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Westfrisiæ Curia Senatore, Opusculo De jure occidendi, vendendi & exponendi liberos apud Romanos, nunc primum edito.</i>	513
<i>Dissertationes Tres.</i>	
I. <i>De Civili Prudentia.</i>	529
II. <i>De causis corruptæ Jurisprudentiæ.</i>	537
III. <i>De Jure Summi Imperii, & Lege Regia.</i>	543

ACCEDIT

Index generalis, & duplex: unus Rerum ac Verborum: alter locorum, quæ in his Operibus aut explicantur aut emendantur.



GERARDI NOODT;

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

PROBABILIUM
JURIS CIVILIS

LIBRI IV.

Editio prima in Germania, post quintam Lugduno-Bataviensem.

Impp. Theodosius & Valentinianus AA. ad Senatum urbis Romæ
l. unic. Cod. Theod. De responsis prudentum.

*Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani, atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gajum, atque Paulum, Ulpianum, & ceteros comite-
tur auctoritas lectionis, quæ ex omni opere recitatur. Eorum quoque
scientiam, quorum tractatus atque sententias prædicti omnes suis ope-
ribus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scævola, Sabini, Iuliani, atque
Marcelli, omniumque, quos illic celebrarunt. Si tamen eorum libri,
propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur.*

Imp. Justinianus ad Tribonianum *De conceptione Digestorum §. 13.*

*Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio: jubemus non
per siglorum captiones, & compendiosa enigmata, quæ multas per se &
per suum vitium antinomias induxerunt, ejusdem codicis textum con-
scribi, etiamsi. & reliqua.*



GERARDINOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
PROBABILIUM
JURIS CIVILIS
LIBER PRIMUS.
CAPUT I.

1. Si flumen agrum alicujus occupet, & deinde rursus relinquat, quid juris? Gajolux data in l. 7. §. 5. & 6. D. de acquirendo rerum dominio.
2. Rationes dissentientium Interpretum adferuntur. 3. Discutiuntur.
4. Pomponius restituitur in l. 30. §. 3. D. eod. tit. exempta Glossa, quæ hætenus eum locum inquinavit.

I.  UM de acquirendo rerum dominio, cum de usufructu, aliisque id genus causis, agitur; frequens est, nec inelegans, dubitatio, si flumen fundum alicujus occupaverit, deindeque rursus deseruerit; utrum omnino extinxisse hæc jura, an tantum suspendisse, videatur. eam dubitationem definit Gajus his verbis l. 7. §. 5. & 6. D. de acquirendo rerum dominio.

Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est, qui propè ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ (latitudo) propè ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen, id est, publicus juris gentium. Quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen: rursus novus alveus eorum esse incipit, qui propè ripam ejus prædia possident. Cujus tamen totum agrum novus alveus occupaverit: licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen; non tamen is, cujus is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest: quia & ille ager, qui fuerat, desit esse, amissa propria forma; & quia vicinum prædium nullum habet, non potest ratione vicinitatis illam partem in eo alveo habere. Sed vix est, ut id obtineat. §. 6. Aliud sane est, si cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat: & ob id, cum recesserit aqua, palam est ejusdem esse, cujus & fuit.

Hæc Gajus, quæ autem sit ejus sententia, usque adhuc est quæstioni viris doctis. Accursius, ne una conjectura minus sufficeret tollendæ difficultati, complures attulit: quarum prima rigorem juris separat ab æquitate: altera distinguit, utrum aliquo modo appareat primi agri qualitas, an non appareat: tertia putat, Gaji sententiam procedere, nisi aqua cum impetu recesserit, Sic Accursius. Franciscus verò Connanus, V. Cl. censet lib. 3. Comment. jur. civil. cap. 5. num. 2. Gajum rem totam dubiam atque ancipitem reliquisse: cum nihil habe-

ret, quod pro certo responderet; postulante aliud æquitate, aliud summi juris ratione. Mihi proclive est, docere, non esse temere recedendum à secunda Accursii responsione: ne propter illa quidem Gaji verba, *stricta ratione*: quibus video turbari doctos viros. Non enim significant, quod illis videtur, rationem subnixam subtilitate, quam utilitas atque usus juris refutet; sed eam, quæ cum publica utilitate atque usu juris consentiat. Eam rationem Justinianus appellat *jus strictum*; eique opponit *mollem animum* l. ult. C. de compensationibus: id est, animum non viriliter, neque ex vero, sed solutius, quam par sit, sequentem vim humanitatis. Ulpianus in expositione Senatusconsulti Macedoniani eandem rationem dicit *severitatem* Senatusconsulti l. 9. §. 2. D. de Senatusconsulto Macedoniano; Modestinus alibi *rigorem juris* indigitat l. 19. D. de appellationibus & relationibus; & addit, sententiam, expressim contra hunc latam, sine appellatione rescindi. Unde apparet, *strictam rationem* apud Gajum esse *regulam*, seu definitionem, & auctoritatem juris: quo sensu Ulpianus in Fragment. tit. 25. §. 1. *Fideicommissum*, inquit, esse, quod non civilibus verbis, sed *precativè* relinquitur: nec ex rigore juris Civilis profisciscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Ac proinde, cum alicubi sit mentio *stricti juris*, aut *strictæ rationis*, aut *severitatis*, aut *rigoris juris*; non utique significatur, eam rationem aut inani subtilitate niti, aut ut iniquam, duramve, æquitate mutari aut tolli. Nec tamen negem, *strictam rationem*, etsi ob publicam utilitatem receptam, tamen, propter quam subnascentem majorem utilitatem, aliquando infringi, aliquando laxari, una aut altera in specie, manente in cæteris rigore juris. fit hoc in l. 43. D. de religiosis & sumptibus funerum. & §. 10. Inst. de mandato. sed in proposita specie nihil tale est: imò utilitas servandarum riparum adversus vim fluminum, quam Ulpianus commendat l. 1. §. 1. D. de ripa munienda, & in primis Veterum Fragmenta, quæ paulò post adferam, hanc *strictam rationem* in ea & probant & tuerunt. Igitur neque hæc verba, *sed vix est, ut id obtineat*, eo pertinent apud Gajum, ut corrigant eam

eam sive regulam, sive strictam rationem, quasi minus consentaneam aut humanitati aut usui; sed ut restringant eam ad subjectam facti speciem: perinde, ac si dicat Jurisconsultus, vix esse, ut id obtineat aliter, quam in terminis mutati agri; sive, vix esse, ut id semper atque indistincte obtineat, ubi fundum occupavit aqua fluminis; fallere enim, si tantum inundatus proponatur ager, non etiam mutatus: denique summam disputationis esse: ut, si fluminis alluvione mutata sit agri forma, mutatus quoque ejus recessu dominus intelligatur: quia verum est, sublata forma, alium esse agrum restitutum, quam qui ante extitit: at si ager solum inundatus fingatur, id est, ad tempus magis opertus aqua, quam sublatus, quam conversus in alveum: tunc ager recessu fluminis ad eum cujus antea fuit, revertatur. Habes meam sententiam, ipsam, nisi fallor, planam: si quidem advertas ad Gaji verba; inque his ad connexionem d. §. 5. & 6. statim subsequentis: tum præterea ad auctoritatem Veterum, præsertim Alfeni Vari in l. 38. D. de acquirendo rerum dominio, item Javoleni l. 24. D. Quibus modis ususfructus amittitur, nec non Pomponii in l. 23. D. eod. tit. & Ulpiani in l. 1. §. 7. & §. 9. D. de fluminibus: omnes enim in eandem mecum decurrunt sententiam: nec hi tantum; sed & Tribonianus in §. 23. & 24. Inst. de rerum divisione. quid enim? nescis, cur ipse eo in loco, qui totus Gaji est, deleverit verba hæc, sed vix est, ut id obtineat? dicam ne incogitantiam ejus accuses forte cum Theodoro Marcilio ad d. §. 23. delevisse, ut Gajo lucem accenderet; denique, ne quis imprudentior, contra Gaji mentem, aliam esse causam æquitatis, aliam stricti juris, suspicaretur.

2. Id mihi sedet. Aliis, quos inter Hugo Donellus lib. 4. Comment. jur. civil. c. 28. & Franciscus Connanus dicto loco, familiam ducunt, magis placet tertia conjectura Accursii; existimantis, si flumen latente primum alluvione agrum occupavit, eundemque in alveum convertit, & deinde rursus destituit, non minutatim, sed uno velut impetu; tunc eum similiter, ut in temporali sit inundatione, ad priorem dominum reverti: nam sicut justum est, in re dubia locum dari acquisitioni per alluvionem; ita cum patet, alienum esse agrum quem flumen tenuit, sustulitque, æquitatis esse, ne domino vicinus præferatur, ne quis cum alterius jactura locupletetur: nec verbis ad id demonstrandum opus esse; sed à Pomponio declarari in l. 30. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, quæ sic habet.

Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. Itaque si ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset (sive paulatim occupatus est, sive non paulatim), sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censorum vice funguntur, ut ex privato in publicum adducant, & ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus: ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.

3. Verum hæc me de statu meo non facile dejecerint; cum rationem juris, cum sententias tot Jurisconsultorum, mecum reputo: quorum nemo dubitavit, quin definitio hujus causæ non tam ex obscuritate domini, quamquam & hæc potest concurrere, quam ex formæ mutatione, petenda sit. quare hæc æquum esse quisquam ait, suum cuique tri-

bui, & neminem cum alterius jactura locupletior fieri? equidem sentio, vera amitti rerum vocabula; & quia æquitatem magis ad merum jus gentium æstimamus, quam cum præceptis civilibus & prætoriiis; eo in quæstionibus de bono & æquo plerumque sub auctoritate Juris scientiæ perniciosè errari. Principio enim nego, quidquam alieni occupari eo in fundo, cujus species quæ ante fuit, potestate fluminis sublata est d. l. 7. §. 5. cum similibus. Deinde nascuntur istæ alluviones præsertim ex negligentia dominorum: qui (quod ripas suas, cum possunt, & debent, non satis muniunt adversus vim fluminis) quidquid aqua lamendo aufert, id omne oscitantia sua, quasi voluntate, alienare videntur arg. l. 28. D. de verborum significatione: saltem, si quod sentiunt damnum, non intelliguntur sentire; per l. 203. D. de regulis juris.

4. Ad Pomponium venio, quo præsertim nititur conjectura dissentientium Interpretum. Quid dicam? dissentire Pomponium & reliquos Jurisconsultos, cum Francisco Hotmano ad d. §. 23. non video, qui potuerint in re certa atque explorata dissentire. An potius de inundatione loqui Pomponium, non loqui de mutatione alvei, cum viro summo, Jacobo Cujacio, Notis ad d. §. 23. præserte obruor auctoritate. nam aperte Pomponius, sive paulatim occupatus est, sive non paulatim. An faciam, quod in rebus dubiis solet? jurabo, parum liquere? at jurabo non satis liquido. est enim mihi suspicio, cui animus interim adquiescat, donec aliunde quid aut certius aut probabilis adferetur. opinor, veram esse Cujacii sententiam: sed quod ipse non observavit Cujacius, Pomponium interpolatum esse Glossa alicujus Studiosi Juris: qui cum in principio d. §. 3. l. 30. legisset voculam *alluvio*, & paulo post verba *inundatione fluminis*, nec animadvertisset, Pomponium alluvionem abusive dixisse pro recessu fluminis; ut Accursius notavit & Gothofredus: statim credidit, Jurisconsultum agere de utraque fluminis occupatione. causa meæ opinionis connexio ejus loci longe pessima. nam quid, quæso, istud est, quod ait Pomponius, *sive paulatim occupatus est, sive non paulatim*? numquid ex verbo *impetus*, quo bis utitur in d. §. 3. obscure colligitur, magis esse, ut ibidem agat tantum de inundatione, sed momentanea; non etiam de mutatione alvei, quæ latenter & paulatim facta, post deinde subito fluminis recessu emendatur? sunt certe contraria, fundum sublatus esse fluminis impetu, & fundum à flumine esse lente occupatum. præterea non video, quemadmodum aqua dicatur eodem impetu recedere; cum fundum lambendo ambedit: nisi Pomponius dixit, fundum eodem impetu restitui, pro uno impetu: quod voluit doctissimus Connanus dicto loco. sed vix est, ut hoc postrema hæc admittant Pomponii verba, Sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus: ita nunc privatus ejus esse debet cujus antea fuit. Sensus enim est, Hunc fundum, quo de agitur, non mutasse dominium, quia alveus fluminis non est factus. qualem tamen necesse fuisset fieri; si aut latente alluvione foret sublatus, aut inundatione diuturniore. Itaque consequens est, in d. §. 3. non agi de latente alluvione; denique rejecta Glossa in locum suum, Pomponium restituendum esse hoc modo.

Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. Itaque si ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset, sed eodem impetu recessu fluminis restitutus; ad pristinum do-

minum pertinet : flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset fuisset publicus : ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.

Nec opus habeo lucem facere lectioni per se claræ. saltem hoc eam commendabo nomine: quod idem refert, quod ipse Pomponius in d. l. 23. D. Quibus modis ususfructus amittitur. Verba Pomponii subjeci.

Si ager, cujus ususfructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur ususfructus: cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur: ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum. Sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita & ususfructus restitui dicendum est.

† Sive paulatim occupatus est, sive non paulatim.

CAPUT II.

1. Inconstituendis prædiorum servitutibus necessariam esse vicinorum utilitatem. 2. Eam utilitatem non terminari semper usu & necessitate dominantis prædii; sed quandoque porrigi latius, etiam ad domini commodum ac voluptatem, plenius, quam solet, ostenditur. 3. & 4. Hotmani & Cujacii sententiæ de intellectu verbi, ambulandi, quod est in definitione viæ & itineris, refutantur. Explicatur difficilis Pauli locus in l. 8. D. de servitutibus. 6. Probatur fusius, quid observandum sit, si in Digestis occurrant Iurisconsultorum Fragmenta, quorum alia habent regulam juris, alia consuetudinem regula derogantem, adversantemve.

1. **Q**uotiens (inquit Pomponius in l. 15. D. de servitutibus) nec hominum nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quarere, minuenda aqua mea gratia. Hæc Pomponius; optimè definiens, etiam in prædiorum servitutibus tenendam esse regulam, qua demonstratum & fixum est, quidquid ab homine fiat, id habere oportere suas causas; neque adeo esse quenquam à ratione alienum oportere, ut aut nocere alteri, aut imminuere alienam libertatem, præsumat; nisi ad eum aliqua utilitas perveniat, atque in ipsius commoditate subsideat.

2. Saltem dubitari solet; utrum ea utilitas sit accipienda strictè, ut tantum complectatur, quæ ad prædii dominantis usum necessitatemque pertinent; an latè, ut etiam contineat, quæ magis ad domini commodum aut voluptatem spectant, quam ad utilitatem necessitatemque prædii. Dubitandi ratio duplex est: una, quod ad voluptatem comparata, plerumque habent plus oneris, quam commodi: altera, quod servitutes reales sunt jura, non hominis, sed prædii; ut ostendit non modo auctoritas Juris l. 20. §. ult. D. de servitutibus prædiorum rusticorum. l. 86. D. de verborum significatione; sed & sequens Lapis apud Gruterum, pag. 201. Inscript. 3.

PER HANC
VIAM FUNDO
C. MARCI. CL
PHILERONIS
ITER. ACTUS
DEBETUR.

Et ideo nec sine prædiis intelligi hæc servitutes §. 3. Inst. de servitutibus prædiorum. l. 6. §. 2. & 3. D. Si servitus vindicetur; neque ultra prædii necessitatem extendi possunt l. 5. §. 1. l. 6. l. 24. D. de servitutibus prædiorum rusticorum. Postremo ait Paulus l. 8. D. de servitutibus, ut pomum decerpere liceat, & ne statiar, ut cenare in alieno possimus, servitutem imponi

non posse. Sed placet, quod Francisco Connano, V. CL. visum l. 4. Comment. jur. civ. c. 7. n. 3. magis esse, ut ea utilitas non utique ex vero pretio, sed magis ex utentis studio affectuque, æstimari debeat: nam etsi voluptatis materia in alienis negotiis à domini utilitate separetur l. 3. §. 2. 3. 4. D. de in rem verso: in persona tamen domini, qui commodum suo studet, non damno alterius, rectius dicetur, suæ quemque rei, etiam in abutendo, moderatorem esse & arbitrum: ideoque utilia ei videri non tantum hæc, quæ habent plus lucris, quam oneris: sed illa quoque quibus plus impenditur, quam inde trahitur, commodi; si jucunditatem præstent, si delicias, si quamvis non bono domini cedant, tamen in ejus negotium cedant d. l. 3. §. 6. l. 19. D. de servitutibus; ut vivaria, ut ductiones aquarum, ut plantationes, ut alia luxuriæ instrumenta. Itaque responsum est, licet prædia quædam talia sint, ut magis in ea impendamus, quam de iis adquiramus, tamen usumfructum eorum relinquere posse l. 41. §. 1. D. de usufructu: nam posse dici, fructuarii interesse propter voluptatem l. 16. §. 1. D. Quod vi aut clam. Idem est in imaginibus & statuis: quia & ipsæ habent aliquam utilitatem, si quo opportuno loco ponantur: ut refert Marcianus in d. l. 41. in pr. E contrario putat Ulpianus in l. 2. §. 11. & 12. D. Ne quid in loco publico, damnum pati eum, qui amittit commodum, quod ex publico consequeretur, quale quale sit: ut si cui prospectus, si cui aditus sit deterior, vel angustior. Atque hanc sive amœnitatem, sive utilitatem, non tantum cum homine conjungi; (ut credidit Gulielmus Fornerius l. 2. Selectionum c. 28.) sed etiam cum prædio, una tam liquide arguit servitus prospectus, & ne prospectui officiat, ut nihil ultra requiramus, quidquid enim renituntur Interpretes; nunquam tamen efficiunt, ut amœnitas ejus servitutis non modo causa, sed & sola causa, esse desinat: nam potest ex inferiore loco esse; nec patitur, fieri quidquam, quod gratiori liberoque prospectui adversetur: ut Paulus & Ulpianus meminere in l. 15. & 16. D. de servitutibus prædiorum urbanorum, accedit, quod hoc jure utimur, ut etiam non ad irri-

gandum, sed pecoris causa vel amœnitatis vel usus & commodi nostri, aqua duci possit l. 1. §. xi. l. 3. D. de aqua quotidiana & astiva; quod actio confessoria mihi competit adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem ejus tigna mihi immittere liceat, supraque ea tigna, verbi gratia, porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant l. 8. §. 1. D. Si servitus vindicetur; quod iter est jus eundi, ambulandi homini; denique, via definitur jus eundi, agendi, & ambulandi l. 1. D. de servitutibus prædiorum rusticorum.

3. Clamabunt forte hic Interpretes, cum Francisco Hotmano, V. Cl. in d. l. 1. sic accipiendum esse *ambulandi* verbum; quasi diceretur, commeandi ad res vicino prædio necessarias, non spatiandi animi causa ac valetudinis. Sed respondebo, non esse temere recedendum à proprietate verborum, à qua Jus Civile non abhorret: differre autem (ut Ausonius Popma jam animadvertit lib. 1. De differentiis verborum) ire & ambulare hætenus: quod qui it, is porro pergit, seu transit, fere plenus negotii: is vero, qui ambulat, plerumque otiosus spatiatur, & spatiis factis in sua vestigia revertitur, sanitatis amœnitatisve causa: atque eo sensu Suetonius in Augusto c. 83. Mox, inquit, nihil aliud, quam vectabatur, & deambulabat, ita ut in extremis spatiis subsultim decurreret.

4. Clamabunt quoque cum doctissimo Cujacio lib. 2. 2. Observ. c. 35. non denegandam habenti iter esse ambulationem: quamvis alioquin jus ambulandi spatiandique per se non sit servitus aut jus prædii: non enim continere prædii utilitatem, nedum necessitatem; sed tantum hominis amœnitatem, aut sanitatem, respicere. At non magis ausculto: nam ut omittam ea, quæ de aquæductu, & de prospectu, dicta sunt; testis est Ulpianus in d. l. 8. §. 1. valere servitutem; ut liceat mihi, tigna immittere in vicini parietem, supraque ea tigna porticum ambulatoriam facere. At si ea valet, cur non similiter valeat servitus, ut spatiari, ut ambulare, mihi in tuo liceat: non enim interest, utrum in porticu, an in fundo, ambuletur; nec magis ambulatoria porticus ad prædii utilitatem aut necessitatem pertinet, quam jus in alieno spatiandi sine porticu. His adjice, quod consequentiæ, quia plerumque parum in usu juris considerantur, passim à definitionibus remonentur. Itaque si jus ambulandi foret annumerandum his, quæ magis per consequentiam, quam principaliter, veniunt: idem viæ atque itineris definitionibus non fuisset insertum: ut vel ex collatione actus viæque intelligitur apud Ulpianum l. 1. D. de servitutibus rusticorum prædiorum: quamquam enim is, qui actum habet, iter quoque habeat, eoque uti sine jumento possit, similiter ut in via observatur: constat tamen, eundi facultatem ab actus definitione excludi; non excludi à descriptione viæ: quia tam iter, quam actus, viæ naturaliter inest; neque magis via sine itinere, quam sine actu, constituitur. Sed è contrario jus agendi in actu venit ex vi ac proprietate verbi; jus eundi tantum ex præsumpta paciscentium mente: ideoque potest actus sine itinere, sicut iter sine actu, haberi: ut belle disputat Franciscus Duarenus l. 1. Disputat. annivers. c. 31. & ipse Cujacius dicto loco non ignorat, quod si est; perspicuum est, quod dixi, servitutem prædii recte constitui ob amœnitatem aut aliud quale quale commodum; quod etsi principaliter non respiciat fundi necessitatem; fundi tamen esse creditur: modo id actum sit, ut possessorem ejus perpetuo sequatur; & sic connexum cum fundo, eum quacumque ratione faciat pretiosorem.

5. At, Ut pomum decerpere liceat, (§) ut spatiari, (§) ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest l. 8. D. de servitutibus. Hic locus doctissimum quemque Interpretem turbavit adeo: ut alii propter eum negaverint, jura pomi decerpendi, itemque cœnandi, & spatiandi, in alieno prædiorum servitutibus annumerari: alii ea ne personarum quidem servitutibus accenseri voluerint. vid. Accursius, & Duarenus ad d. l. 8. Fornerius dicto loco, Cujacius d. l. 22. Observ. c. 35. §. l. 24. Observ. c. 22. Verum cum manifestiora sint argumenta, quæ supra attuli pro contraria parte, quam ut dissimulari queant; calculus meus hisce non adjicio. Nec magis assentior viris clarissimis, Johanni Corasio & Eguinationi Baroni; volentibus, hanc esse Pauli sententiam, Ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare, in alieno liceat, servitus imponi non potest; si constituatur ab aliquo, qui non sit servientis prædii dominus; aut si concedatur alicui, qui non habeat prædium, vel non habeat prædium vicinum. Est enim hæc mera fictio, neque verbis Jurisconsulti subnixa, nec alias habens rationem, utique cum sit commune viæ, actui, itineri, cæterisque omnibus servitutibus; ut neque possint ab alio concedi, quam à servientis fundi domino, neque ab alio adquiri, quam cui vicinum prædium est: quid opus fuit, specialiter in his exprimi, quod omnibus inhæret? Probabilius est; (hæc mea conjectura) hoc loco usu venire, quod Julianus scribit l. 51. §. 2. D. Ad legem Aquiliam, multa esse Jure Civili contra rationem disputandi recepta; ideoque ut alibi, ita hic, separandam esse regulam à consuetudine regulæ contraria; quippe etsi ab initio ita jus fuerit, ut servitutibus non annumerarentur, quæ tantum haberent causam voluptatis; quia prædia prædiis propter ipsius prædii utilitatem servirent, nec prodesse videretur servitus, quoquo modo profutura, arg. l. 23. D. de pactis: deinde tamen fuisse consuetudini datum, ut servitus non minus ad amœnitatem, quam ad usum prædii, constitui posset. Et movet me, quod Pomponius lib. 34. Ad Sabinum, Hoc, inquit, jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amœnitatis, aqua duci possit l. 3. D. de aqua quotidiana & astiva. Item, quod Ulpianus in l. 1. §. xi. D. eo. tit. Illud, inquit, queritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quæ ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quæ ad usum & commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur. Propter quod, etiamsi in urbana prædia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest. Sensus enim est, moribus obtinuisse adversus rigorem juris, ut non tantum ad irrigandum, id est, ad usum necessitatemque prædii; sed etiam ad quodlibet commodum nostrum, ut pecoris, vel amœnitatis, causa aquæductus possit constitui. Quare perinde habenda res est, ac si Paulus hoc scripsisset modo: Ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat, servitus quidem imponi non potest: attamen, si imponatur, utilis erit impositio: hoc enim jure utimur.

6. Quod miror non esse observatum à viris doctis: qui alioquin optime habuere compertum id, quod res est, omne pene Jus nostrum constare centonibus: in quibus pleraque compluribus locis, sed non eadem peræque dexteritate, tradita, chimæras continent inextricabiles; si sola sine aliis pensitentur; intellectum vero non effugiunt; si, omnium locorum facta comparatione, is qui parum recte aut minus plene descriptus est, ope planioris adjuvetur: prout etiam in emerfuris quandoque contrarietatibus observari, jam olim voluit Justinianus in l. 2.

§. 15. C. de votere jure enucleando: & præterea facile potest clarescere ex collatione §. 4. Inst. Qui testamento tutores dari possunt cum l. 27. D. de tutoribus datis ab his: quibus locis nihil obscurius, ubi disjuncta; negat enim Justinianus, tutorem certæ rei vel causæ dari: at idem affirmat Hermogenianus. E contrario illis nihil tranquillius, si conjuncta; regulam enim habet Imperator; consuetudinem Jurisconsultus; sed posteriorem, sed utilem. Non solve- re hoc, inquis, est nodum; sed implicare: nam cum omnia sua fecerit Imperator, necesse est, tam suam fecisse regulam, quam consuetudinem. Verum id est, (sic enim ego puto) cur potius conjungenda singula, quam universa dividenda, videantur: ne- que enim temere in hoc Justiniani opere captanda est suspicio contradictionis: quæ si alibi absurda, præterea in legibus periculosa, est: denique in pro- positis speciebus, non dicam, potest evitari commo- de, sed sine calumnia non potest statui: nisi quis de Imperatoris sententia tum etiam dubitandum cen-

set; ubi ipse, quid sentiat, exponit. Atqui in l. 12. & seqq. D. de testamentaria tutela consuetudinem hanc cum regula conjungit; sed ita, ut regulæ vim ac po- testatem moribus solutam esse appareat, sic enim ex Ulpiano, ex Pomponio, ex Marciano, scribit. *Certa- rum rerum vel causarum testamento tutor dari non po- test, nec deductis, rebus, & si datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia persona, non rei vel causa tutor datur. Si tamen tutor detur rei Africana vel rei Syriatica, utilis datio est: hoc enim jure utimur.* Simile exemplum oc- currit in acceptilatione: nam quamquam constet, acceptilationem esse actum legitimum l. 77. D. de regulis juris, civilem solutionem, non naturalem l. 107. D. de solutionibus; tamen Græce potest fieri, & tollere honorarias obligationes, & servum accepto liberare: quia hoc jure utimur, ut Juris gentium sit acceptilatio l. 8. §. ultim. D. de acceptilatione. Si- militer connectenda est l. 23. D. de pactis cum l. 25. §. 2. D. eo. t. ne cui dolus suus per occasione Juris ci- vilis profuit. l. 1. §. 1. D. de doli mali & metus exceptione.

C A P U T III.

1. *Quemadmodum accipiendum sit, quod sæpiuscule legitur apud nostros, servitutem prædii non posse prædii necessitatem excedere.* 2. *Explicatur Pomponius in l. 24. D. de servitutibus prædiorum rusticorum.* 3. *Illu- stratur Ulpiani locus per obscurus in l. 1. §. 16. D. de aqua quotidiana & æstiva.* 4. *Aliorum de eo sententia refelluntur.* 5. *Africani verus sensus in l. 33. §. 1. D. de servitutibus prædiorum rusticorum.* 6. *Explicatur l. 12. C. de servitutibus & aqua.* 7. *Explicatur Ulpianus in l. 1. §. XI. & seqq. D. de aqua quotidiana & æstiva, & Pomponius in l. 3. D. eo. tit.* 8. *Lauda- tur Cujacii sententia in l. 5. §. 1. D. de servitutibus prædior. rusticor.* 9. *Tē- tatur restitutio & explicatio Pauli in l. 6. D. dict. tit.* 10. *Jura prædiorum, concessa personis earum causa, utrum habeant vicem obligationis perso- nalis, an personalis servitutis? Hæc sententia probatur: sed & illa in §. 11.*

1. **Q**UOD superiore dixi capite, servitutes prædio- rum voluptatis amœnitatisque causa non in- utiliter constitui; adhuc minus planum videbitur dissentientibus Doctoribus: nisi hic paulo fufius ex- plicetur vetus dubitatio, utrum servitus prædii ul- tra ejus necessitatem extendi possit, nemo enim di- xerit, ob amœnitatem prædio rite imponi servitu- tem, quæ ultra ejus necessitatem porrigi nequit: nisi idem prædii necessitatem cum amœnitate confun- dendam esse existimet: quod non videtur. Sed quid est? dividenda regula à consuetudine, quæ regulæ derogavit. Placuit, prædii servitutem ejus necessita- te terminari: & est ratio definitionis: quia servitu- tis nulla est servitus l. 1. D. de usu & usufruct. legat. denique, servitutes prædiorum sunt jura prædio- rum, non hominum l. 6. §. 2. & 3. D. Si servitus vindic- cetur. l. 20. §. ult. D. de servitutibus prædiorum rustico- rum: & ideo dicuntur prædia qualiter se habentia; id est, qualitates quædam prædiis perinde inhæren- tes, uti his salubritas, bonitas, amplitudo, inhærent, l. 86. D. de verborum significatione. l. 12. D. *Quemad- modum servitutes amittuntur.* Hæc regula. Sed regu- lam limitavit consuetudo: maxime, si id, quod fun- di necessitatem excedit, aut usum habet innoxium, aut pactis conventis nititur. Est vero ejus exceptio- nis duplex ratio: una, quod nihil est tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servari: altera, quod nemo postulat invidiosum jus: quod sibi profuturum est, & alteri non nociturum: utique, malitiis, quibus nihil laturus quis est, nisi ut alteri officiat & obstet, indulgendum non esse, etiam

æquitas suadet; etsi jure deficiamus: ut infra latius traditum capite septimo; & ab Ulpiano indicatum in l. 1. §. ult. & l. 3. pr. & §. 2. D. de rivis.

2. Nec repugnat hoc Pomponii in l. 24. D. de ser- vitutibus prædiorum rusticorum.

Ex meo aquaductu Labeo scribit, cuilibet posse me vi- cino commodare. Proculus contra, ut ne in meâ par- tem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisi- ta est, uti ea possim. Proculi sententia verior est.

Est enim Pomponio verior Proculus: cum non in- tervenit pactum, ut liceat alteri commodare, & inte- rim servienti fundo nocet aquæ commodatum, cæ- terum si innoxium sit commodatum, aut alioquin pactum de commodando intervenerit; Pomponio verior videtur Labeo, ita, si ad subtile examinentur singula, Proculo accedit Pomponius: sin ad æquita- tem & usum; magis Labeoni. Indicavi Pomponii sensum meo modo, suum sequuti sunt Viri Clarif- simi, Jacob. Cujac. ad d. l. 24. in Oper. Posth. to. 4. part. 1. & Jacobus Labittus, *Usu quarto Indicis ad Pand. leg. n. 35.* delusi Pomponii verbis, *Proculus contra, & Proculi sententia verior est:* quibus Labeonem repre- hendi credidere. Sed aliter se res habet, nam hæ lo- quendi formulæ apud Veteres non utique sunt re- prehendentis sententiam falsam; sæpe sunt nolen- tis captari veram, id, post hæc tertium edita ostendi libro *De forma emendandi doli mali c. 1. ad finem:* ubi, si vacat, vide. Interim non silebo: (est enim firmum meæ interpretationis munimentum) quod à Labe- one in proposito adeo non abhorret Pomponius, ut ejus sententiam manifeste probet apud Paulum l. 2. D. de rivis.

3. Sed & Ulpianus utramque Pomponii speciem quam sollicite, tam convenienter Labeoni, tractat l. 1. §. 16. D. de aqua quotidiana & æstiva. quod eo diligentius moneo: ne quis vel hic corrumpatur auctoritate Cujacii & Labitti; existimantium, Labeonis sententiam usu Veterum fuisse neglectam; ideoque proponi saltem apud Ulpianum; cum à Proculo apud Pomponium d. l. 24. reprehendatur. Verba Ulpiani ex d. l. 1. §. 16. hæc sunt.

Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse. Ergo & si forte actor confinem agrum emerit, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi empti nomine velit aquam ducere: ita demum eum recte hoc Interdicto, ut de itinere acti- que, uti putant: ut semel in suum ingressus, inde egredi qua velit, possit. nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Ulpianus utramque Pomponii speciem, quamquam subobscurè, tamen convenienter meæ & Labeonis, sententiæ interpretatur: & posteriorem quidem; cum sic scribit. *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse.* Sensus enim est, Labeonem velle, Titium, verbi gratia, si habeat aquæductum tantum ad certam fundi partem; posse etiam ad aliam fundi partem cui servitus acquisita non sit, aquam ducere; modo si, ut in fine adjicitur, fundo servienti non noceat: itaque in hoc casu omnes partes illius fundi in quem ducitur aqua loci, id est, aqua saltem debita loco, seu portioni fundi (distinguitur enim locus à fundo, ut hic, ita in l. 26. D. de adquirenda possessione. l. 64. §. fin. D. de evictionibus; & est locus, teste Ulpiano in l. 60. D. de verborum significatione, non fundus, sed portio aliqua fundi; fundus autem integrum aliquid) omnes, inquam, partes illius fundi in quem sine damno fundi servientis ducitur aqua, loco quidem, sed non fundo debita, ejusdem numero esse: hoc est, ejusdem loci ac portionis jure, conditione, & modo contineri; etsi alioquin universæ partes non habeant servitutem. Hactenus Ulpianus ex Labeone de aqua loci: de qua in d. l. 24. agit posterior Pomponii species. Atque inde in d. l. 1. §. 16. porro sic infert etiam ad alteram Pomponii speciem. *Ergo & si forte actor confinem agrum emerit, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi empti nomine velit aquam ducere, ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere acti- que, uti putant, ut semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit. nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.* Sensus Ulpiani est: Si aqua loci, id est, si aqua non integro Titii fundo debita, sed certo ejus fundi loco, potest à Titio commodari etiam alii loco, quam cujus est aquæductus: ergo Titius si aquæductum comparavit fundo Tusculano, verbi gratia; & deinde emat fundum Cornelianum ei confinem: etiam poterit huic fundo aquam cedere ex aquæductu, etsi alioquin ad eum non pertinente: modo nec sic noceat servienti fundo. quemadmodum iter actumve habens ad certum fundum, cum eum ingressus est, potest inde quo velit, egredi etiam ad alios fundos, ad quos iter aut actus alioquin non pertinet: usque adeo, ut si impediatur sic ire agere, cum interim non nocet servienti fundo; etiam recte interdicto de itinere acti- que uti possit. quod si est: idem dicendum de interdicto de aqua quotidiana & æstiva: prorsus, ut actor qui hoc anno aquam duxerit in fundum suum, si deinde emerit agrum ei confinem, & ex agro in quem hoc

anno aquam duxerit, postea, etiam fundi empti nomine velit aquam ducere, possit interdicto de aqua quotidiana experiri; si prohibeatur, aquam ex fundo, quasi possidente aquæductum ducere ad fundum alterum qui eum non possideat: utique, nisi nocitum sit fundo ei ex quo aquam ducit.

4. Scio alios alio pergere itinere; ideoque hæc Ulpiani verba, *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse*, refert ad l. 9. D. de servitutibus, & l. 13. §. 1. D. de servitutibus prædiorum rusticorum. Etiam scio, ex verbis, *ut semel in suum ingressus inde egredi, qua velit, possit*, sic colligi, quasi dominantis fundi dominus non possit quidem quidquam ex aquæductu aliis aut sibi gratificari, antequam in suum fundum aqua pervenit; sed tamen possit sibi aut aliis cedere aquam, posteaquam ad fundum suum penetravit. Verum mihi neutra placet sententia. non prior: quia, si ea verba sic interpreteris, quasi tantum velit Labeo, servitutem, fundo debitam, omnibus ejus partibus deberi; non erit sensus verborum (*in quem loci aqua ducitur*); nec constabit sequens illatio in versu, *Ergo & si forte*: cum ea illatio ab Ulpiano ibi perinde fiat à parte ad totum; ut à Proculo & Pomponio est facta in d. l. 24. eoque pertinet ad infringendam aut molliendam juris regulam: cui in d. l. 24. inhæreri volebat & Proculus & Pomponius; nisi ex sententia Labeonis aliud suaderet aut innoxius usus, aut pactum conventum: ut supra dictum. Non magis placet mihi posterior sententia: quia ut demus, aquam demum posse vicinis cedi, cum ad fundum dominantem pervenit: ea tamen gratificatio non magis ad prædii usum ac necessitatem pertineret, quam ubi aqua ad fundum nondum pervenit. Sed & tralatitium est, non esse in istis Jurisconsultorum Fragmentis temere argumentandum à contrario sensu. ita non sequitur, Ulpianus ait, aquam, in fundum ingressam, vicinis commodari posse: proinde, antequam ingressa sit fundum, commodari non potest. nam adjecta exceptio, *nisi nocitum sit fundo servienti*, generalior est, quam ut eam ferat consequentiam. præterea refert Paulus, atque ex Pomponii sententia, in l. 2. D. de rivis, posse aquam & ex rivo (id est, ex itinere aquæ l. 19. D. Quemadmodum servitutes amittuntur) domino fundi, in quo rivus est, dari à domino fundi dominantis. Non igitur dubium est: quin aqua vicinis etiam prius commodari possit, quam ad fundum dominantem profluxit: hoc est, quin regulam Juris consuetudo mitigarit, vel Pomponio teste: cujus est d. l. 24. D. de servitutibus prædiorum rusticorum.

5. In primis cum & Africanus ipsi ad stipuletur l. 33. §. 1. D. de servitutibus prædiorum rusticorum; ubi sic scribit.

Per plurimum prædia aquam ducis quodomodo imposita servitute; nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsequuta est, neque eorum cuiusvis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus, & hoc concedi solet: quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest.

Hæc Africanus: manifeste ostendens, regulis Juris neque suæ rei servitutem, neque servitutis fructum seu servitutem, constitui posse: ideoque per plurimum prædia aqua ducta, aliquando hæsitatum esse; liceatne ei cui aquæductus competit, prædiorum dominis, vicinisve aliis, ex aquæductu gratificari; sive, ut Africanus loquitur, haustum ex rivo cedere: nam si illis concedatur

datur aqua; resistere regulam quæ suam cuique rem negat servire: sin istis; lædi aliam qua prohibetur servitutis servitus, seu servitutis fructus, constitui, placuisse tamen utilitatis causa, hujusmodi regulis tunc demum locum esse: si simpliciter sit constituta servitus; id est, nisi in constitutione servitutis aliter convenerit: nam pactis & stipulationibus intervenientibus & hoc concedi solere: ut quæ servitus ex rigore Juris non valet ultra usum prædii, ea nihilominus prætoria tuitio- ne subsistat.

6. Denique, ut non modus prædiorum, sed servitus, aquæ ducendæ terminum faciat *l. 12. C. de servitutibus & aqua*: id est, ut ego interpretor, non prædiorum modus aut necessitas aut quantitas, sed constitutæ servitutis placitum. Ita sane servitutem & Ulpianus accipit in *l. 3. §. 14. D. de itinere acti- que privato*: cum, *Uti*, inquit, *jus est*, hoc est, sicuti per servitutem impositam licet: propter pactum conventum quod in imponenda servi- tute intervenit.

7. At præter superiora adhuc probat utramque, quam dixi, non regulam modo, sed & consuetu- dinem ei contrariam, Ulpianus *l. 1. §. xi. D. de aqua quotidiana & æstiva*: nam agens de interdi- cto de aqua quotidiana & æstiva, quod ad tuen- dam quasi possessionem servitutis aquæductus per- tinet, sic loquitur. *Illud quoque queritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quæ ad a- grum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quæ ad usum quoque & commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur. Propter quod, et si in urbana prædia quis aquam ducere velit, hoc inter- dictum locum habere potest.* Sic Ulpianus: addo & Pomponius *lib. 34. ad Sabinum*. Verba Pomponii *l. 3. D. eod. tit. Hoc jure utimur, ut etiam non ad ir- rigandum, sed pecoris causa vel amœnitatis aqua duci possit.* Uterque significat, hoc jure nos uti, tametsi ratio Juris adversetur: ut aqua duci pos- sit non tantum ad irrigandum agrum, id est, non tantum ad agri necessitatem: de qua ita Colu- mella *lib. 2. De re rustica c. 17. Ejus igitur (prati) animadvertimus duo genera, quorum alterum est sic- caneum, alterum rigrum. Lato pinguique campo non desideratur influens rivus, meliusque habetur fœnum quod suapte natura succoso gignitur solo, quam quod ir- rigatum aquis elicitur, quæ tamen sunt necessaria, si macies terra postulat.* Significat, inquam, uterque, & Ulpianus, & Pomponius, hoc jure nos uti: ut aqua duci possit non tantum ad irrigandum a- grum, propter quod aquæductus, etiam id inter- dictum ab initio receptum videtur ex *§. 13. d. l. 1.*; sed etiam ad amœnitatem & aliud quaecumque commodum nostrum quo occasione sive urbani, si- ve rustici prædii, non nostro beneficio, fruimur: id est, ut dicitur in *d. §. 13. & 14.* quamvis ad rigan- dos agros non sit necessaria, & sive intra urbem, si- ve extra urbem sit. Tantum usus valuit; postquam habere cœperunt Veteres non modo ad rigandos a- gros, id est, ad eorum necessitatem, sed in hortis quoque, &, ne de his dicam, etiam in ædibus suis ac tricliniis & cubiculis, euripos suos & flumina cum ad diversos usus, tum ad a- mœnitatem. De his Seneca *lib. 3. Natural. quæst. c. 17. Quanto incredibilia sunt opera luxuria, quotiens naturam aut mentitur aut vincit? In cubili natant pisces, & sub ipsa mensa capitur, qui statim transferatur in mensam* Etiam Plinius *lib. 5. Epist. 6. Verba Plinii. Est & aliud cubiculum à proxima platano viride & umbratum, marmore exsculptum po-*

diotenus: nec cedit gratia marmoris ramos insiden- tesque ramis aves imitata pictura, cui subest fonticulus. In hoc fonte crater, circa siphunculi plures miscent ju- cundissimum murmur. Statius, in *Tiburtino*.

An picturata lucentia marmora vena

Mirer, an emissas per cuncta cubilia lymphas?

Rursus Seneca *l. 1. Natural. quæst. in præfat. Non potest ante contemnere porticus & lacunaria ebore fulgentia & pensiles sylvas & derivata in domos flumina, quam &c.* Idem *De tranquillitate animi c. 1. Jam domus etiam qua calcatur pretiosa, & divitiis per omnes angu- los dissipatis, recta ipsa fulgentia, & affectator comes- que patrimoniorum pereuntium populus. Quid perlu- centes ad immum aquas, & circumfluentes ipsa convivia, quid epulas loquar?* Vides delicias & luxuriam civi- um Romanorum, immane quantum, recedetem à vetere simplicitate, sive rusticitate. Illa tamen post- quam invaluit, quid mirum, si qui grassati sunt per mores tales, tandem neglexerint majorum severi- tatem, atque adeo cœperint hoc jure uti contra re- gulam Juris; ut quæ aqua ad domini sive amœni- tatem sive aliam qualem qualem utilitatem perti- neret, ea videretur ad dominantis prædii utilita- tem ac servitutem referri, & idcirco etiam interdi- cto contineri. At in interdicto quo de agunt Juris- consulti in *d. §. xi. & d. l. 3.* non respicitur; utrum utilis & necessaria prædio sit aqua; an ad voluptatē aut aliud quale quale commodum ducta; quemad- modum nec queritur, utrum aqua jure, an secus, debeatur *l. 1. §. 10. D. eod. tit.* scilicet, quia in actio- nibus quæ de servitutibus sunt, jus versatur, in in- terdictis factum *l. 2. §. fin. D. Si servitus vindicetur*: itaque ex illo titulo, quæ prædii, quæque personæ, sit aut servitus, aut obligatio, parum recte evinci- tur. Verum quis non videt, hæc magis diversa, quam contraria esse? In interdictis factum versatur, non jus: numquid ergo obtinet interdictum, simul at- que aqua ducta est? in interdicto non queritur, ju- re debeatur aqua: ergo nihil refert, servitus jure Ci- vili esse possit, nec ne? Quin potius dicimus, si con- stet, ductam esse aquam quæ servitutem non res- puit: tum non queri; utrum jure debeatur aqua ex domini voluntate; an sine jure ducta sit: alterum enim, quia facti est, in interdictum; alterum, quia juris, in proprietatis quæstionem, venire. Ipse cer- te Ulpianus auctor est in *l. 1. §. 5. & 6. D. de aqua quotidiana & æstiva*, Prætorum loqui de ea sola aqua quæ perennis est: nec de perenni tantum, sed quæ duci potest. Et in *§. 7. ejusdem loci* ait, hæc in- terdicta de aqua, item de fonte, pertinere ad eam aquam quæ à capite dicitur, non aliunde: nam ha- rum aquarum etiam servitutem Jure Civili posse constitui. Unde consequens est, ut quibus casibus Jure Civili potest valere servitus aquæductus, iis- dem quoque interdictum locum habeat: quibus autem servitus non potest valere, nec iis quidem interdictum obtineat: quippe ad obligationes per- sonales non pertinens *arg. l. 2. D. Quorum bonorum*. Postremo, cum volunt Jurisconsulti, ad inter- dictum omnem pertinere aquam; sive habeat a- mœnitatem; sive pecoris usum; sive aliud quale- cumque prædii commodum quod non utique ejus necessitatem concernit: tum necesse est, ut posse e- tiam omnium harum aquarum constitui servitu- tem cum prædii, tum personæ, significant: nam de utraque prædiali servitute, hoc est & rustica & urbana, agi in *d. §. xi. de personali vero in d. §. 12. ibidem sequente*, clare intelligitur ex connexionione ejusdem loci: certe ubi dixit Ul- pianus in fine *§. xi. Propter quod, etiamsi quis*

in urbana prædia aquam ducere velut, hoc interdictum locum habere potest; deinde subjungit in §. 12. Præterea Labeo scribit, et si quidam ductus aquarum non sint fundi, quia quocunque (in aliis libris est, quia à quocunque) duci possunt, tamen ad hoc interdictum pertinere: id est, ad interdictum non tantum pertinent prædiorum servitutes, enarratæ in d. §. xi; sed Labeo scribit, præter eas, etiam huc pertinere aquæductus, qui non sunt fundi, sed personæ; quia quocunque possunt duci, ut in l. 37. D. de servitutibus prædiorum rusticorum, vel, si mavis, à quocunque, subintellige, prædium non habente.

8. Quid tamen? Ait Neratius apud Ulpianum in l. 5. §. 1. D. eodem titulo, Ut maxime calcis coquenda & cretæ eximenda servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Sed id sic accipiendum est, ut non ultra possit ex regula Juris, vel certè, si simpliciter constituatur servitus; eo quod tum contrahentes id duntaxat voluisse creduntur, propter regulam l. 47. D. de obligationibus & actionibus: possit verò, si omnia sint contraria; quanquam non ipso jure, sed tuitione Prætoris: ut curiose observateque animadvertit vir doctissimus, Jacobus Cujacius lib. 3. Observ. cap. 28.

9. Nec obstat, quod ex Paulo subjicitur in l. 6. D. eod. tit.

Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus fundi exportarentur; sicut in quibusdam sit, ut amphoris vinum evehatur; aut ut dolia fiant, vel regule (vel) ad villam adificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulina exercerentur, ususfructus erit.

Nam, si sequentia Pauli verba cum his conferes; apparebit, eum, quoquo eum modo convertas, eo in capite nihil aliud agere, quam ut ostendat, omnem difficultatem, sitne realis, an personalis servitus, esse hac una componendam distinctione: utrum prædio cohæreat, servitus, an personæ; eamque distinctionem non tantum in iis obtinere speciebus, quæ ad usum prædii referuntur, sed in hisce quoque, quæ habent aut commoditatem aut quam aliam utilitatem personæ: ut evenit in figulinis, arenariis, & lapidicinis, verbi gratia; quæ propriè non sunt rei rusticæ; nec tamen ob id à bono patrefamilias rustico negliguntur, si haberi possint. Varro lib. 1. De re rustica c. 4. Sed neque lapidicina, neque arenaria ad agriculturam pertinent, sic figulina, neque ideo non, in quo agro idonea possint esse, non exercenda atque ex eis capiendi fructus. Tamen, ne quem fallam, non est hoc Pauli Fragmentum nimis planum: vereor sane, ne in eo conturbatus esse videatur Scripturæ ordo: quo facilius verba legis quintæ ac sextæ cohærerent, & Jurisconsultus ante versum (*Quid ergo, &c.*) tractarit nonnulla, quæ magis aut fructum prædii augent, aut hominem utilitate aliqua aut commoditate beant, quam ut ad fundi necessitatem desiderentur, absque enim iis esset, parum rectè conjungeretur cum superioribus, quod in sequentibus dicitur de jure tugurii in alieno habendi: nam id, si verum amamus, non tam facit supplendæ fundi necessitati, quam ibi exigere vulgo creditur Paulus; quam ad evitandam aëris inclementiam, id est, ad hominis commoditatem, pertinet. Varro lib. 2. De re rustica c. 17. Qui autem sunt in saltibus, & sylvestribus locis pascunt, & non villa, sed casis repentinos imbres vitant. Itaque suspicor, Paulum, pene retentis iisdem verbis quæ exstant in d. l. 6. sibi restitui posse ad hunc modum.

Item longe recedit ad usufructu jus calcis coquenda & lapidis eximendi & arena fodienda adificandi ejus gratia, quod in fundo est: item sylva cadua, ut pedamenta in vineas non de sint: item cretæ eximenda, veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; sicut in quibusdam sit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant vel regule (vel) ad villam adificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulina exercerentur, usufructus erit. Quid ergo, si prædiorum meliorem causam hæc faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit. Et hoc (&) Macianus probat: in tantum ut & talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, ut si hyems ingruerit, habeam, quo me recipiam.

Ea si placet restitutio: jam docebit Paulus, quod & ipse alibi & cæteri auctores supra allegati, sine scrupulo tradidere, posse in omnibus hisce servitutibus non minus hominis commodum atque utilitatem, quam prædiorum necessitatem contineri; & tamen has prædiorum servitutes appellari: qui ad personam non ipsius causa, sed beneficio prædii, descendunt: denique, meliorem faciunt prædii causam; eo quod plerumque ejus & pretium & redditum augent. cæterum, si quis sui quidem causa, non autem prædii ratione, habeat jus faciendi aliquid in fundo alterius; ei deberi illud non vi personalis obligationis, (ut voluit Accursius ad l. 8. D. de servitutibus in verb. Non potest lit. N. ad d. l. 6. in verb. usufructus lit. I. item Jacobus Cujacius lib. 24. Observ. cap. 22.) sed jure personalis servitutis.

10. Nam hoc nomine designatur in l. 4. D. de servitutibus prædiorum rusticorum, & l. 1. D. de usufructu legato: & præterea usus appellatur; si quidem ad solius personæ necessitatem respiciat l. 37. D. de servitutibus rusticorum prædiorum: imo usufructus dicitur in principio d. l. 6. si ad quemlibet personæ usum ac fructum, id est, ad commodum ejus quodcumque permittatur, non ad solam necessitatem. Quod si esset mihi consilium cavillari; optime ostenderem arg. d. l. 5. in princ. etiam vindicari. Sed non fert instituti mei ratio, inanibus verbis studioso lectori imponere; & verum est, quod eruditissimus Labitus, Usu secundo Indicis sui ad Pandectarum leges n. 1. observat ex titulis capitum, oportere eum locum connecti, non cum capite quarto præcedente, sed cum fine capitis tertii; sensum autem esse: Ergo secundum eum (Neratium) & vindicari poterit iter ad flumen publicum: de quo Ulpianus in §. d. c. 3. differuerat convenienter sententiæ Neratii libro tertio Membranarum.

11. Plane, si quæ incidant ex quibus claret, hanc fuisse aut testatoris aut contrahentium voluntatem; ne constituerent servitutem in rem, neque in personam: tunc existimaverim, dumtaxat personam aut hæredis aut promissoris illi cui datur, obligari. Idque est, cur annuus redditus, de fundo promissus in l. ult. §. 1. D. de contrahenda emptione, vendito eo fundo, emptorem fundi non oneret; & cur annua ex prædiis Potitianis legata prædiis Lutatianis, mortua legataria, finiantur in l. 12. D. de annis legatis: tametsi in rerum servitutibus utrumque aliud sit l. 47. D. de contrahenda emptione, l. 36. D. de servitutibus prædiorum rusticorum;

rum: quin & in personarum servitutibus sic observetur; ut, cui hæc competunt, is actionem confessoriam habeat adversus quemcunque possessorem *l. 5. §. 1. D. si servitus vindicetur. l. 2. §. 3. §. 1. Cod. de usufructu*. Principio enim multum interest: utrum prædium ita designetur aut à testatore aut à venditore, ut potius prædium, quam persona, obligetur redditus nomine; an idem prædium tantum demonstrandi causa nominetur *arg. l. 27. §. fin. D. de legatis lib. 3. l. 12. D. de alimentis legatis*: & vicissim, utrum personæ detur redditus propter prædium suum; an prædio detur propter personam *l. 4. D. de servitutibus prædiorum rusticorum*: quod postremum magis est in *d. l. 12. D. de annuis legatis*: quia ibi prædia præponuntur fuisse in diversis pagis; id est, prædia erant non vicina: qualia in materia realium servitutum requiri, notissimi juris est. Deinde notandum, quod in iisdem speciebus non ipse legatarius, emptorve redditus, jubetur eum percipere; sed jubetur redditus præstationem ab hærede aut venditore exspectare; id verò reluctari naturæ servitutum, nemo est, qui non videat. Saltem quod ad prædiales servitutes attinet, perspicuus locus est in *l. 15. §. 1. D. de servitutibus*; & de personalibus quid habendum sit, apparet ex collatione *l. 20. D. de usufructu cum l. 38. D. de usufructu legato*: ut & ipse Accursius bene notavit ad *d. l. 20. in verb. si quis ita lit. Q. & ad d. l. 12. D. de annuis legatis in*

verb. Neque personam lit. H. nam cum in altera dixisset testator, fructus annuos fundi Corneliani Gajo Mævio do, lego; respondit Ulpianus, perinde accipiendum hunc sermonem, ac si usufructus fundi esset legatus: idemque confirmat Javolenus in *l. 41. D. de usufructu legato*: causatus, quod videtur ea fuisse mens testatoris. Sed hæc undè? ex verbis do, lego: quæ cum directa sint ad legatarium (teste Ulpiano *tit. 24.*) intelligitur testator, legatario his facere potestatem vindicandi sumendique sibi fructus annuos; & adeo in dubio magis usum fructum, quam fructus, id est, magis jus, quam corpora legare: quia qui jure potest aliquid facere in alieno, invito domino, huic comparata est servitus; si ad vicini prædii commodum, in rem, sin ad usum fructumve personæ, vel usus vel usufructus. Porro cum in altera lege testator è contrario dixisset proponeretur, *fundi Albutiani redditus uxori mea, quoad vivat, dari volo?* responsum est, differre illud à legato usufructu, nimirum, quia non fuit hic testator directis verbis usus, sed obliquis: uxori, inquit, dari volo: neque igitur voluit, legatarium fructus jure suo percipere aut vindicare; magis voluit, illam fructus ab hærede petere: usufructus autem non est jus aut percipiendi aut petendi fructus ab hærede; sed jus utendi,

fruendi re aliena.

C A P U T IV.

In actione pigneratitia plerumque præstari culpam levem, in commodato etiam levissimam. Emendatur l. 13. §. 1. D. de pigneratitia actione, rejecta opinione Accursii, Contii, Cujacii, Jacobi Gothofredi.

Ulpianus *l. 5. §. 2. D. Commodati vel contra* sic definit. *Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in pignore, ut in societate, & dolus & culpa præstatur. Commodatum autem solam utilitatem plerumque continet ejus, cui commodatur, & ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis & culpam præstandam & diligentiam.* Sic Ulpianus: cum quo paria facit Gajus in *l. 18. D. eod. tit.* Idem tamen Ulpianus *l. 13. §. fin. D. de pigneratitia actione* refert, *Venire in hac actione (pigneratitia) & dolum & culpam, ut in commodato; venire & custodiam: vim majorem non venire.* Imò capite sequente *l. 4.* scribit rursus Paulus, *Ea igitur, qua diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exigi.* Seditionem hanc, utcunque manifestam, dissimulat Accursius variis modis. Primum sic interpretatur verba Ulpiani in *d. l. 13. §. 1.* quasi veniat in actione pigneratitia & dolus & culpa, ut in commodato utriusque gratia contracto; non accipientis, non dantis tantum: quia culpa illo casu major, hoc levior, præstatur. Deinde putat, culpam quidem in pignore venire, ut in commodato: non tamen tantam, quanta venit in commodato: id est, non tamen, ut diligentia modum excedens à creditore, ut à commodatario, per omnia exigatur; sed quam diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet. Ita Accursius; sed magis subtiliter, quam verè: ut censet Antonius Contius ad *l. 23. D. de regulis juris*: ipse dicens porro, Græcos candidiores annotasse, creditorem ante solum pignus præstare diligentiam exactissimam, & qualem commodatarius; sed post solum pignus culpam tantum levem: nam hoc casu pignus, non ut pignus, sed ut depositum, apud creditorem

manere. Sic Contius. Verum & hæc responsio pridem rejecta est à Jacobo Gothofredo, Jurisconsulto egregio, ad *d. l. 23.* ut mihi videtur, non temerè: quia auctor est Ulpianus in *d. l. 5. §. 2.* in deposito, ubi nulla versatur utilitas ejus apud quem deponitur, merito dolum solum præstari: nisi fortè & merces accesserit; tunc enim constitutum, ut & culpa exhibeatur; aut si ab initio convenit, ut & culpam & periculum exhibeat is penes quem deponitur. Quamquam, si hæc concedas Græcis, itemque Contio, adhuc vereri possis, ut oporteat ea accommodari ad verba *d. l. 13. §. 1.* nam quoquo modo Ulpianum accipias, siue singas, eum regulam tradere, siue singulares pignoris ac commodati species, semper ex iisdem verbis plus in pignore, quam in commodato, esse fatearis, necesse est. Nunquid aliud significat illud, *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato, venit & custodia?* enim verò, si in ea culpa venit, ut in commodato, si præterea etiam venit custodia; consequens erit, ut in commodato duntaxat culpam levem, in pigneratitia vero actione levissimam quoque, præstari oporteat. At tantum ea diligentia, quam in suis rebus adhibere solet diligens paterfamilias, à creditore exigitur *d. l. 13.* non talis, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, & qualem observare etiam debet commodatarius *d. l. 18. d. l. 5. §. 2.* Ergo inconstantiam Jurisconsultorum, imò Ulpiani, accusamus, cum Jacobo Gothofredo? an, cum viro summo, Jacobo Cujacio *lib. 19. Observ. c. 24.* existimamus, ut in commodato, ita in pignore, distinguendum esse, utrum dantis, an accipientis, an utriusque, gratia contrahatur; &

&, si dantis causa fiat sive commodatum, sive pignus, dolum solum & latam culpam venire; sin accipientis, etiam levissimam; denique, si utriusque gratia, non ulterius, quam ad levem, obligari ut creditorem, ita similiter commodatarium? Non videtur: quia & Cujacii sententia incidit in superiora Contii incommoda; & vereor, ut Gothofredo ad sentiendum sit. Quid tandem? unius, quod mireris, literula non deprehensa corruptio tantæ causam difficultati obtulit. Cum scripsisset Ulpianus, *at in commodato*; festinans Librarius pro *at* reposuit *ut*: lapsus fortasse similitudine literarum *a* & *u*. quamobrem, muratis rursus literis, transpositaque distinctione, non tantum non Gajo ac Paulo,

sed neque ipse sibi, Ulpianus adversabitur, restitueretur verò, quod & ipsa evincit connexio *d. l. 13. §. 1. & d. l. 14.* pene hoc modo. *Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & custodia: vis major non venit.* Id est, venit in hac actione dolus, lata & levis culpa: at in commodato hoc plus est, quod in eo quoque venit custodia: verum præterea vis major non venit neque in commodato, neque in pignore. Itaque procedit Pauli collectio *d. l. 14.* *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.* Plura infra lib. 4.

cap. 3.

* *

CAPUT V.

Quare videatur Ulpianus injuria propulsationem in explicatione juris naturalis omisisse in l. 1. §. 3. D. de justitia & jure, nova ratione declaratur.

Marcus Tullius loco illo notissimo *Pro Milone* ait, hanc esse non scriptam, sed natam legem, quam non didicimus, accepimus, legimus: verum ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus: ad quam non docti, sed facti: non instituti, sed imbuti sumus: ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, si in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendæ salutis. Neque verò id solus Cicero, sed etiam plerique alii, cum Philosophi, tum Jurisconsulti, quasi exploratum tradidere. Adeò credebant, id jus nec ratione indigere, nec disputatione: sentiri enim, ut calere ignem, nivem esse albam, dulce mel, quorum nihil oportere exquisitis rationibus confirmare, tantum satis esse admonere. Itaque Paulus ait in *l. 45. §. 4. D. ad legem Aquiliam*, vim vi defendere omnes leges, omniaque jura, permittere. Et idem Cicero libro 1. *De officiis* vult, ejusdem juris esse defensionem sui, cujus est maris & fœminæ conjunctio, cujus procreatio & educatio liberorum, quas juris naturæ, & quidem primarii, esse, hodie nemo dubitat Interpretum. Verba Ciceronis apposui. *Principio generi animantium omni est à natura tributum, ut se, vitam corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura videantur, omniaque, quæ sint ad vivendum necessaria inquirat & parat, ut pastum & latibula, ut alia ejusdem generis. Commune item animantium omnium est conjunctionis appetitus procreandi causa, & cura quadam eorum, quæ procreata sunt.* At sicut maris & fœminæ conjunctionem liberorumque educationem à natura descendere, cuncti largiuntur, propter doctrinam Ulpiani in *l. 1. §. 3. D. de justitia & jure*: ita timent complures, teste Francisco Connano lib. 1. *Comment. jur. civil. c. 4. n. 7. & seqq.* ne in injuriæ propulsatione aliud dicendum sit; eo, quod Ulpianus in declaratione juris naturalis tantum enumerat matrimonium, & curam cum procreandæ, tum educandæ, prolis, omissa sui defensione; perinde quasi illa fere ejus juris essent exempla, ista ad aliam juris partem, id est, ad jus gentium pertineat. Sed hi in manifesto versantur errore: licet enim Ulpianus in recitandis naturæ effectibus præterierit defensionem sui; verius tamen est, cum id alio, quam creditur, fecisse consilio. Si fidem dicti quæris: dabo testem gravem, &, quod dici solet, exceptione majorem: neque enim cuiquam potest in hac specie dubia ef-

te Ulpiani auctoritas, de cujus sententia ambigitur: is vero libro 69. ad Edictum refert, vim vi repellere licere, Cassium scripsisse, idque jus natura comparari *l. 1. §. 27. D. de vi & de vi armata*: hoc est, ex primis naturæ nasci, non ex disputatione rationis. Quamobrem sic censeo, non esse hic facile argumentandum ab inclusione unius ad exclusionem alterius: postremo, nil aliud egisse Ulpianum in *d. l. 1. §. 3.* quam ut neglectis iis, quæ perspicua essent, saltem de obscurioribus disliceret: nam, cum apud omnes in confesso esset, quo referri deberet injuriæ propulsatio, tamen de conjunctione maris & fœminæ, deque procreatione & educatione liberorum, à Philosophis disputabatur, utrum à natura essent, nec ne; ut docet Cicero *De finibus* libro 4. ubi sic scribit. *Hoc summum bonum, quod certa significatione intelligitur, eaque vita, quæ ex summo bono degitur, quia conjuncta ei virtus est, in sapientem solum cadit. Isque finis bonorum, ut ab ipsis Stoicis scriptum, à Xenocrate atque ab Aristotele constitutus est.* Itaque ab iis constitutio illa prima naturæ, à qua tu quoque primum ordiebare, his prope verbis exponitur. *Omnis natura vult esse conservatrix sui, ut & salva sit & in genere conservetur suo.* Ad hanc rem ajunt artes quoque exquisitas, quæ naturam quoque adjuvarent, in quibus ea numeretur in primis, quæ est vivendi ars, ut tueatur, quod à natura datum sit, quod deest, adquirat: iidemque diviserunt naturam hominis in animum & corpus, quumque eorum unumquodque per se expetendum esse dixissent, virtutes quoque utriusque eorum per se expetendas esse dicebant, quum animum quadam infinita laude anteponerent corpori, virtutes quoque animi bonis corporis anteponebant. Sed quum sapientiam totius hominis custodem & procuratricem esse vellent, quæ esset naturæ comes & adiutrix, hoc sapientia munus esse dicebant, ut eum tueretur, qui constaret ex animo & corpore, in utroque juvaret eum, atque contineret. Atque ita re primo simpliciter collocata, reliqua subtilius persequentes, corporis bona facilem quandam rationem habere censebant, de animi bonis accuratius exquirebant: inprimisque reperiebant inesse in his justitiæ semina, primique ex omnibus Philosophis natura tributum esse docuerunt, ut hi, qui procreati essent, à procreatoribus amarentur, & id, quod temporum ordine antiquius, ut conjugia virorum & uxorum natura conjuncta esse dicerent, quæ ex stirpe oriuntur amicitia cognationum. Quo ex loco non tantum

rum clare intelligitur, quæ fuerit Veterum hac de re sententia, sed præterea verisimile fit, Ulpianum non hoc animo inter cetera naturæ effecta non recitalle defensionem sui, quod sustineret,

illam excludere à primis naturæ; sed quod animadverteret, de reliquis potiore esse dubitationem, utrum à natura, an ab alio jure procedant.

CAPUT VI.

Defenditur recepta lectio l. 35. D. de injuriis, & l. 13. §. 1. D. de jurisdictione adversus Antonii Fabri, Jacobi Cujacii, Antonii Goveani, Scipionis Gentilis, emendationem sententiamque.

Ulpianum libro tertio De omnibus tribunalibus sic scripsisse, legimus in l. 35. D. de injuriis.

Si quis injuriam atrocem fecerit, qui contemnere injuriarum judicium possit ob infamiam suam & egestatem, Prætor acriter exequi hanc rem debet, & eos, qui injuriam fecerunt, coercere.

Ait, Prætozem acriter exequi hanc rem debere, & eos qui injuriam fecerunt, coercere; cum quæri possit, unde hæc Prætori coercitio? in provinciis enim ad Præsidem, Romæ ad Præfectum Urbis, pertinuisse, non ad Prætozem, ex eodem Ulpiano intelligitur in l. 1. §. 3. D. de pænis, & Modestino in l. ult. D. de in jus vocando. quinimo, si quis ob facta atrociora in tutela admissa apud Prætozem fuerit accusatus, ab eodem remitti debet ad Præfectum Urbis graviter puniendus; ut ipse Ulpianus refert in l. 1. §. 8. D. de suspectis tutoribus, item l. 1. §. 7. D. de officio Præfecti Urbis. Igitur Ulpianus secum dissidet? an aliud est in injuriis, aliud in cæteris causis? an (quod visum Scipioni Gentili, Viro Clarissimo, De jurisdictione lib. 3. c. xi.) interest, quod Jurisconsultus in d. l. 35. conjunctim loquitur de persona & egena & infami? Nihil horum: generalis sermo est Ulpiani in l. 1. in pr. & §. 3. D. de officio Præfecti Urbis, Præfecturam Urbis omnia omnino crimina sibi vindicasse: & igitur omnia tam privata, quam publica crimina d. l. 1. §. ult. D. de pænis, nec minus injuriarum causam, quam furti, quam tutelæ. Adhæc certi juris est, injuriarum damnatos generaliter infames fieri Ediçto Prætoris, & tamen tantum humilioribus personis infligi corporalem pœnam; sed à Præfecto Urbis aut Præsidente; cæteros vero non coerceri ea pœna, sed vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei, vel alia consimili ratione, etiam Hermogenianus meminit in l. ult. D. de injuriis, & Callistratus in l. 28. §. 2. D. de pænis. Quid ergo? emendandus est textus, atque ex Notis pro Prætoze restituendus Præfectus? id mavult Antonius Faber, vir acuti & præstantis ingenii, lib. 4. Conjectur. cap. 8. Sed ego à recepta lectione non recedo: quia novum non est, ut Prætoris appellatio

non Prætozem modo proprie sic dictum significet, sed & Proconsulem, sed & Legatum Cælaris, seu Præsidentem, sed & Præfectum Vigilum, & Ædilem. Itaque apud Tacitum legitur lib. 1. Annalium cap. 74. Granium Marcellum Prætozem Bithyniæ majestatis postulatum esse à Quæstore ipsius Cæpione Crispino. Nec quidquam ibi mutandum; tamen si de scriptura ambigat doctissimus Lipsius post Mercetum: quod Salmasius monuit ad Julii Capitolini Marcum Antonium pag. 32. vers. 7. Sed & idem Tacitus lib. 2. Annal. cap. 56. ait, Comagenis Q. Servæus præponitur tum demum ad jus Prætoris translatis: pro ad jus provinciæ cui præerat Præles aut Proconsul; ut etiam Lipsius ibidem vidit. Similiter apud Ulpianum legitur in l. 13. §. 1. D. de jurisdictione. Magistratus vel is, qui in potestate aliqua sit, ut puta Proconsul, vel Prætor, vel alii, qui provincias regunt, judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt. Ubi Proconsul vel Prætor est Proconsul vel Proprætor, vel Legatus Cælaris, seu Præles, nec opus, cum Antonio Goveano ibidem num. 13. reponere, Pro prætor, vel Proprætoze; ut nec, cum Cujacio, Consul vel Prætor. Pomponius quoque in l. 5. D. de verborum obligationibus ait, Prætorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in hisce & contineantur ædilitiæ. Sed & Paulus lib. 1. Sententiarum tit. 15. Si quadrupes damnum intulerit sic loquitur: Feram bestiam in ea parte, qua populi iter est, colligari Prætor prohibet, ubi Prætozem Cujacius recte interpretatur Ædilem. Præterea in Notis Valerii Probi exstat, PR. VIGIL. id est, Prætor Vigilium vel Præfectus: eundemque etiam Justinianus in Novell. 13. Prætozem plebis appellat. Quare quid cesso, Prætozem latiore significatione accipere apud Ulpianum in d. l. 35. ut quos in d. l. 1. §. ult. D. de pænis in eadem specie distinxit Præfectos & Præsidēs, eos in d. l. 35. generali Prætoris vocabulo complectatur: nam de hisce loquutum eo loci esse Ulpianum, indicio est ipsius capitis Inscriptio, quæ habet Ulpianus lib. 3.

De omnibus tribunalibus.

CAPUT VII.

1. Res jure naturæ communes & res jure naturæ publicas apud Veteres proisdem accipi in tractatu de rerum divisione, ostenditur contra communem Interpretum sententiam. 2. In rebus jure naturæ communibus numerari non tantum aërem, aquam profluentem, mare, littora, sed flumina etiam & portus, nec non res privatas singulorum, quæ habent utilitatem, concedenti non gravem. 3. Communionem istam non esse meri beneficii, nec meræ liberalitatis, sed necessitatis cum naturalis, tum interdum etiam civilis, adversus Ioan. Seldenum probatur pluribus add. §. 4.

1. *Quædam* (inquit Tribonianus in pr. *Inst. de rerum divisione*) naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc aer, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen à villis & monumentis & ædificiis absteineat, quia non sunt juris gentium, sicut est mare. Flumina autem omnia & portus publica sunt. Ideoque juxta piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves adeas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare, sed proprietates earum illorum est, quorum prædiis hærent: quæ de causa arbores quoque in iisdem natæ eorundem sunt. Littorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicut & ipsius maris, & ob id cuilibet liberum est casam ibi ponere, in quam se recipiat: sicut retia siccare, & ex mari deducere: proprietates autem eorum potest intelligi nullius esse sed ejusdem juris est, cujus & mare & quæ subjacet mari terra vel arena. Hæc Tribonianus: cujus definitio postquam justa esse & conveniens Veterum sententiæ credita est; inquirere certatim in vera publicarum & communium rerum discrimina cœperunt, qui tum ejus, tum affinium aliquot locorum interpretationem meditati sunt præstantissimi viri, Cujacius, Donellus, Zasius, Marcilius, Vinnius, alii. Sed hi, quamquam laboriose ac subtiliter pleraque sint persequuti, non tamen potuerunt adferre quidquam, quod solidam earum rerum saperet differentiam: simul atque enim ad exempla singularum pervenitur; apparet statim, quæ communia, eadem publica, & quæ publica, eadem communia, à Veteribus appellari: ex nominum vero usu ac consuetudine judicatu est non admodum difficile, quid de effectis quoque hujus distinctionis habendum sit. Inter quæ circumfertur vulgo, sed nullo jure, publica, quæ ad proprietatem, esse populi Romani, quoad usum, omnium; communia vero usu omnium, proprietate nullius, esse. Hinc ex communibus, quæ occupari possunt, occupanti in medio posita esse, ex publicis non item: & ideo, qui mare aut littus ædificat, jure gentium suum ædificium facere; qui vero in flumine ædificat, nullo modo suum opus facere sine publica auctoritate. Porro, flumen ab aqua fluminis separari: aquam communem esse omnium hominum; flumen publicum: denique, aquam fluminis ad lavandum, ad potandum, universis sine discrimine permitti; non permitti ad navigandum, ad piscandum iis qui sunt alterius civitatis.

2. Verum enimvero, ut tandem ipse dicam, quod sentio, Veteres publica & communia parili potestate acceperunt: neque interesse arbitrati sunt, utrum quid publicum vocarent, an commune: sed quod publicum esset, idem commune, & quod commune esset, idem publicum esse, voluerunt. quamquam, si quid publicum simpliciter dicerent, si commune, si nil præterea adderent, non mihi viderentur plena usi esse oratione. adeo, cum & distinctè loqueretur & pleno sermone, dixerunt, quædam jure naturali esse communia omnium hominum; eaque alio nomine appellavit publica jure naturali: quædam dixerunt esse communia jure civili, quæ alias publica jure civili, aut etiam universitatis appellavit: ut ex sequentibus apparebit. communia autem jure naturali vocavit, non tantum hæc quæ in §. 1. dict. tit. *Inst.* recitantur: sed

ea quoque quæ de fluminibus, portibus, ripis, in seq. §§. adduntur: ut Michaël Autalitates indicat tit. 2. *Pragmaticorum*, his verbis. *Quædam sunt universorum, ut aer, aqua fluens, mare, littus marinum, & amnes. propemodum & portus communes sunt.* Neque hoc Atalitates tantum, sed & Prudentius, probat lib. 2. *Adversus Symmachum.* Verba Prudentii.

2. *Quæ concessa semel; fons liquitur, amnis inundat, Nunc adsunt homini data munera legibus iisdem, Velivolum ratibus mare finditur, influit imber, Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aer, Et res natura sit publica promptaque cunctis, Dum servant elementa suum famulantia cursum.*

Prudentius fontem, mare, imbrem, auram, & ærem, etiam amnem, sive fluvium, vocat res naturæ publicas & promptas cunctis: id est, jure gentium publicas seu communes omnium hominum: ut idem loquitur paulo ante. Præter hos testatur Ulpianus quoque l. 2. *D. de damno infecto*, *Fluminum publicorum communem usum esse, sicut viarum publicarum & littorum.* Sed illa & præterea portus, ac ripas, à Veteribus communia & publica dici pariter sensu, adeo verum est: ut Marcianus libro 3. *Institutionum*, id est, eo ex quo descripsit Tribonianus quæ supra attuli *Institutionum Fragmenta*, res omnes dividat: non in quinque partes; nempe, communes, publicas, universitatis, nullius, & singulorum: sed in partes quatuor; scilicet, communes, universitatis, nullius & singulorum: publicarum autem rerum quæ à rebus communibus, & universitatis, diversæ se junctæque, & inter utraq; mediæ sint, nominatim non meminerit: sic enim scribit l. 2. *D. de rerum divisione.* *Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuicque adquiruntur.* Pari igitur sensu acceperunt Veteres communia & publica jure naturali: dixeruntque illo jure publica, sive communia, omnia quorum innoxius est usus; atque adeo non tantum ærem, aquam profluentem, mare, & littora maris, quæ enumerantur in §. 1. *Inst. de rerum divisione*; sed ea quoque quæ in sequentibus ibi §§. de fluminibus, portibus, ripis, adduntur: utique, quatenus innoxiam habent utilitatem: nam huc ducunt d. l. 24. *D. de damno infecto*, l. 50. *D. de acquirendo rerum dominio*, & l. 3. §. 1. *D. Ne quid in loco publico*: neque alio sensu Virgilius lib. 7. *Æneid. vers. 229.*

- - - *Littusque rogamus*

Innocuum, & cunctis auramque, undamque patientem.

Hoc amplius, Veteres etiam cætera privata bona, cum habent utilitatem domino non gravem, nec damnosam, communium nomine & jure complexi sunt. Itaque generaliter definit Marcus Tullius lib. 1. *De officiis*, omnia communia hominum videri ea quæ sunt generis ejusdem quod ab Ennio positum in una re transferri per multas potest.

Ut homo, qui erranti comiter monstrat viam, Quasi de suo lumine lumen accendat, facit, Ut nihilominus ipsi luceat, cum illi accenderit.

additque idem Cicero, una ex re satis percipi, ut quidquid sine detrimento potest commodari, id tribuatur cuicque, vel ignoto: inde illa communia esse non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si quis velit, consilium fidele deliberanti dare; quæ sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta: ideoque & his utendum esse, & semper

per aliquid ad communem utilitatem adferendum, sed quoniam copiae parvae singulorum sunt, eorum autem, qui his egeant, infinita est multitudo, vulgarem liberalitatem referendam esse ad illum Ennii finem: Nihilominus ut ipsi luceat, ut facultas sit, qua in nostros simus liberales.

3. Hæc ille, quæ ne quis putet, cum doctissimo Seldeno *lib. 1. De mari clauso, sive de dominio maris, cap. 20. & cap. 23.* esse meræ liberalitatis, seu meri beneficii, quod nullam habeat necessitatem, ne naturalem quidem, aperte distinguit Seneca *lib. 4. De Beneficiis cap. 28.* ea quæ in beneficiis numerantur, ab illis quæ sunt communia jure naturali; idque primum, quia communia sunt infra hujus nominis mensuram; deinde, quia non utrique dignis tribuuntur, & tamquam beneficium; sed negligenter, tamquam parva, & non homini damus, sed humanitati: id est, philanthropiæ seu dexteritati cuidam benevolentiaque erga omnes homines promiscuæ: ut id verbi Gellius *lib. 13. Noct. Attic. cap. 15.* item Nonius *De proprietate sermonis cap. 1.* & Isidorus *lib. x. Etymologic. lit. H.* interpretantur: vel ut nostrorum lingua utar, obligationi naturali ac juri generi humano communi; eandem enim esse philanthropiam cum jure naturæ, perspicuum est ex Ulpiano: qui remunerationem quam in *l. 2. D. de proxenetis* philanthropiæ imputat, eam in *l. 25. §. 11. D. de hereditatis petitione* ait procedere ex naturali obligatione. Lactantius quoque cum vocem (*humanitatem*), tum ipsam rem locis compluribus Divinarum Institutionum declarat (ni fallor) similiter, potissimum tamen *lib. 6. cap. x. & xi.* Verba Lactantii adscribenda putavi: ea ex *c. x.* hæc sunt. Dixi, quid debeatur Deo: dicam nunc, quid homini tribuendum sit: quamquam id ipsum, quod homini tribueris, Deo tribuitur, quia homo Dei simulacrum est. Sed tamen primum officium justitiæ est, conjungi cum Deo, secundum cum homine. Sed illud primum religio dicitur: hoc secundum misericordia vel humanitas nominatur. Quæ virtus propria est justorum & cultorum Dei, quod ea sola in se vitæ communis continet rationem. Deus enim, qui cæteris animalibus sapientiam non dedit, naturalibus ea munimentis ab incursu & periculo tutiora generavit. Hominem vero quia nudum, fragilemque formavit, ut eum sapientia potius instrueret, dedit ei præter cætera hunc pietatis affectum, ut homo hominem tueatur, diligat, foveat, contraque omnia pericula & accipiat, & præstet auxilium. Summum igitur inter se hominum vinculum est humanitas: quod qui disruperit, nefarius & parricida existimandus est. Sic capite *x.* Lactantius. capite autem *xi.* inter alia scribit, conservandam esse humanitatem, si homines recte dici velimus. Id autem conservare humanitatem, nihil aliud esse, quam diligere hominem, quia homo sit, & idem quod nos sumus. Præterea verum esse illud Ciceronis, quod ait, hominem naturæ obedientem homini nocere non posse. Proinde, si nocere homini contra naturam est, prodesse homini secundum naturam sit, necesse esse. Quod qui non facit, eum hominis se appellatione dispoliare, quia humanitatis officium est, necessitati hominis ac periculo subvenire &c. Nec aliter Seneca ad Lucilium *epist. 95.* Ecce (inquiens) altera quaestio, quomodo hominibus sit utendum. quid agimus? quæ damus præcepta? ut parcatur sanguini humano? quantulum est ei non nocere, cui debeas prodesse? magna scilicet laus est,

Noodt Operum Tomus I.

si homo mansuetus homini est. præcipientus, ut naufrago manus porrigat, erranti viam monstret, cum esuriente panem suum dividat? quando omnia, quæ præstanda sunt aut vitanda, dicam, cum possim breviter hanc formulam humani officii tradere? omne hoc, quod vides, quo divina atque humana conclusa sunt, unum est: membra sumus corporis magni. natura nos cognatos edidit, cum ex iisdem, & in eadem gigneret. hæc nobis amorem indidit mutuum, & sociabiles fecit: illa æquum justumque composuit: ex illius constitutione miserius est nocere, quam lædi: ex illius imperio paratæ sunt ad juvandum manus. iste versus & pectore, & in ore sit; Homo sum, humani nihil à me alienum puto, habeamus in commune, quod nati sumus. Atque inde, quod Cicero refert *lib. 3. de officiis*, Athenis aliquando execrationibus publicis sancitum, ut erranti via monstretur. Et quod Augustinus censet, apud Gratianum in *c. notandum 23. quest. 2.* justum bellum gestum esse à filiis Israël contra Amorrhæos, quia innoxius transitus denegabatur, qui jure humanæ societatis æquissimo parere debebat. de quo etiam Hugo Grotius, Vir clarissimus, *lib. 2. De jure belli & pacis cap. 2.* Sed & Seneca pater *lib. 1. Controv. 1.* Quædam (inquit) jura non scripta, sed omnibus scriptis certiora sunt. quamvis filius familiæ sim, licet mihi & stipem porrigere mendico & humum cadaveri. iniquum est, collapsis manum non porrigere. commune hoc jus generis humani est. nemo invidiosum jus postulat, quod alteri profuturum est.

4. Sic Philosophi Veteres. Quid nostri illi Justitiæ Sacerdotes quos boni & æqui notitiam professos, ac veram, non simulatam, philosophiam affectasse, Ulpianus ait? nonne & ipsi hæc esse communia jure naturali voluerunt? Videtur: extant sane hujus vinculi etiam apud ipsos non dubia vestigia, atque ea interdum non sine necessitate Juris Civilis. Nam etsi provinciæ Præses usuaquæ pluviae vel quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam cærere te non permittet; cum sit durum & crudelitati proximum, ex tuis prædiis aquæ agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum vicinorum injuria propagari *l. 1. §. 4. D. de aqua & aquæ pluviae arcendæ actione, l. 6. & 7. Cod. de servitutibus & aqua*: responderunt tamen Sabinus & Cassius, eandem superficientem ex vicini derivare in suum, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse: prodesse enim sibi unumquemque, dum alii non noceat, non prohiberi *d. l. 1. §. 4. & xi. l. 1. §. 16. D. de aqua quotidiana & astiva, junctal. 1. §. fin. & l. 3. in pr. & §. 2. D. de rivis.* Sed & Paulus noster *l. 2. §. 5. de aqua & aquæ pluviae arcendæ*, cum vis aquæ aggerem qui in vicini fundo erat, dejecisse diceretur; indeque effectum esset, ut aqua pluvia mihi noceret; & dubitaretur, possemne vicinum indistincte cogere aquæ pluviae arcendæ actione, ut aggerem vel ipse reponeret, vel ipse reponi sineret: apposite respondit, deficere quidem in quibusdam quæ recitat, aquæ pluviae arcendæ actionem; attamen in his utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinū, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, tibi vero nihil nociturus est: nam hæc æquitatem suggere, etsi jure deficiamus. credo, quia ut in plerisque pactis, ita in dominiorum distinctionibus, quædam tacite excepta intelliguntur *l. 6. D. de servitutibus*; denique malitiis

malitiis indulgendum non est, neque adeo quifquam aberrare à ratione debet, ut nihil agat, quam ut noceat, & tantum in vacuis ludat inanitatis erroribus arg. l. 38. D. de rei vindicatione, & l. 3. D. de operibus publicis; quibus etiam publica lege, quatenus potest, occurrere & solere & oportere, Aristoteles prudenter monuit, cujus lib. 2. De Republica cap. 5. verba hæc sunt. *Quomodo autem nunc vivitur, (scilicet sine patrimoniorum communione) hoc si & bonis moribus ornatum atque in ordinem adductum, & rectis legibus temperatum fuerit, non paulo præstiterit. Habebit enim id, quod ex utroque proficiscitur commodi. Commodum autem ex utroque proficiscens dico, & quod ex bonorum communione, & quod ex proprietate oritur. Oportet enim bona quodammodo communia esse, simpliciter & universe propria. Curationes enim bonorum divisa criminationes & querelas inter eos non gignent, sed potius illa amplificabuntur & crescent, unoquoque tanquam rei propria affixo atque incumbente. Propter virtutem vero ad utendi facultatem bona, ut est in proverbio, amicorum erunt communia. Cum autem etiam nunc in quibusdam civitatibus hujusmodi consuetudinis informata descriptio est, quasi hoc non fieri possit; tum*

vero maxime in urbes celebres & civitates, quæ bene gubernantur, partim hujusmodi vivendi consuetudo introducta est, partim introduci possit. Proprio enim quisque & privato jure bona possidens ea facit, ut sint utilia amicis, partim iis utitur ut communibus; exempli gratia, etiam Lacedamone & servis utitur alter alterius, pene dicam, ut suis: & præterea equis & canibus & viatico, si quis forte in agris inanis & minus instructus opprimatur, &c. Atque ejus generis quoque est, quod ait Divinus Moles in Deuteronom. cap. 23. ad fin. Si ingrediaris vineam proximi tui, tunc comedere quidem uvæ tibi pro desiderio tuo ad saturitatem licere; at instrumento tuo indere non licere. Et si segetem proximi ingrediaris, decerpere quidem spicas manu tua posse, at falcem agitare in segetem proximi non posse. Et rursus cap. 24. vers. 19. & seqq. Quum metes messes tuam in agro tuo, si oblitus eris manipuli in agro ipso, ne revertitor, inquit, ad accipiendum illum; peregrini, pupilli & viduæ esto, ut benedicat tibi Jehova Deus in omni opere manuum tuarum. Quum excuties olivas tuas, ne racemos singillatim recognoscito, postquam excusseris, peregrini, pupilli & viduæ esto.

CAPUT VIII.

1. Continuaturs præcedens tractatus de rebus jure naturæ publicis & communibus. 2. Traditur vera ratio, cur ea res publicæ appellantur; simul, quot modis res dicantur communes & publicæ jure civili. 3. Usus eorum vocabulorum probatur late. 4. Non interesse, utrum res dicatur publica jure gentium, an publica & juris gentium. 5. Flumina, maria, littora, quatenus esse dicantur populi Romani. 6. Marcianus explicatur in l. 2. & l. 4. §. 1. D. de rerum divisione. 7. Particulam sed sæpe usurpam pro sed &. 8. Turbatum esse aliquid in principio Institutionum de rerum divisione.

1. **E**X his, quæ dicta sunt superiore capite, patet, hoc esse naturæ jus, ut in plerisque, quæ habent commodum concedenti neque noxium neque molestum, sive ea nullius in bonis sint, sive in alicujus dominium concesserint, quodammodo pristina servetur communio, quamquam fateor, per excellentiam mari, aquæ profluenti, aëri, littoribus maris, fluminibus, portibus, ripis, & similibus, id jus adscribi solere: quia in illis frequentius usu venit, ut una res possit pluribus prodesse sine alterius damno, atque adeo ea potissimum videntur naturæ ad communem hominum usum, quem Veteres alio nomine usum publicum appellavere, & inde res ipsas publicas, item plenius, publicas jure gentium, ut flumina publica jure gentium, ripas publicas jure gentium, littora publica jure gentium d. 1. Instit. De rerum divisione §. 2. 4. 5. Cur ita?

2. Hujus appellationis hætenus in obscuro posita ratio est; ideoque crux allegatis supra Interpretibus ea vocabula; atque inter eos etiam Viro Clarissimo, Johanni Seldeno d. lib. 1. De mari clauso c. 14. ad fin. Sed crucem tollit Seneca lib. 4. De Beneficiis cap. 28. sic scribens. Rex honores dignis dat, congiarium & indignis. Frumentum publicum tam fur, quam perjuris & adulter accipiunt, & sine delectu morum, quisquis civis est: cum aliquid est, quod tanquam civi, non tanquam bono datur, ex aquo boni ac mali ferunt. Deus quoque quædam in universum generi humano dedit, à quibus excluditur nemo. Nec

enim poterat fieri, ut ventus bonis viris secundus esset, contrarius malis. Commune autem bonum erat patere commercium maris, & regnum generis humani relaxari. Nec poterat lex casuris imbribus dici, ne in malorum improborumque rura defluerent. Hæc Seneca, plane pulchre, atque ad rem adcommode: nam & mare & ventum & imbres vocat communia bona & in universum data, & præterea citat regnum generis humani. Inde, quæ communiæ bona, eadem publica sunt, quia ad unumquemque, qui est sub regno generis humani, perinde pertinent, ut publicum frumentum & congiarium spectat ad universos, qui sunt in numero civium Romanorum. Itaque est, bona publica & communia eadem sunt; sed quemadmodum duplex est res publica; major una, quæ est omnium hominum Deorumque; altera minor, quæ est uniuscujusque populi, aut civitatis: ita bona, sive publica, sive communia, dupliciter accipienda: sunt enim vel omnium hominum jure gentium publica sive communia; vel sunt publica sive communia jure civili populi Romani, vel cujusque alterius civitatis; sive sint in usu ejus populi aut civitatis; sive sint in ejus pecunia, seu patrimonio: nam utraque publica appellantur l. 6. D. de contrahenda emptione; & proprie quidem, si sint populi Romani; abusive vero, si sint alterius civitatis lib. 15. & 16. D. de verborum significatione. Cæterum, quæ sunt jure civili publica, qualiacumque sint, ea

Marcianus l. 2. §. libr. 6. §. 1. D. de rerum divisione, & qui Fragmenta sua ex illo descripsit, Tribonianus pr. §. 1. Inst. eod. tit. in rerum omnium divisione non appellat publica, sed universalitatis; neque his aut aërem annumerat, aut aquam profluentem, aut mare, aut littora maris, aut etiam flumina & portus, aut similia, quæ habent innoxium usum. Non igitur voluit, ea jure civili populi Romani, id est, minoris reipublicæ, publica esse, sed jure gentium, id est, jure majoris reipublicæ omnium hominum publica esse. Nec tamen negem, flumina etiam publica, vel populi Romani, dici sensu eo, quo omnia quæ imperio ejus continentur, vel populi Romani, vel publica appellantur. Verum is usus hujus verbi, etsi elegans sit, nec sine ratione receptus, tamen non pertinet ad propositam sive Marciani, sive Triboniani, divisionem: quia mare, littora, & similia, quæ sub imperio populi Romani sunt, perinde publica sive populi Romani videntur, ac flumina, quæ finibus ejusdem populi continentur. Neque igitur flumina à mari & littoribus, quantum ad eum sensum attinet, distinguuntur, quin universa illa, cum vocantur publica vel populi Romani; non ita ejus dicuntur, ut hæc quæ in ejus proprietate aut patrimonio sunt; (nam is ea, quatenus habent innoxium usum, in medio reliquit usui omnium) sed ut ea, quæ tantum in imperio & potestate ejus sunt. Inter quæ quanta differentia sit, multis ostendit Seneca De Beneficiis lib. 7. c. 4. 5. & 6. ex quibus sequentia adscribam. Jure civili omnia Regis sunt, & tamen illa, quorum ad Regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt, & unaquæque res habet possessorem suum. Itaque dare Regi & domum & mancipium & pecuniam possumus, nec donare illi de suo dicimur. Ad Reges enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietates. Fines Atheniensium aut Campanorum vocamus, quos deinde inter se vicini privata terminatione distinguunt, & totus ager hujus aut illius reipublica est: pars deinde suo domino quæque censetur, ideoque donare agros nostros reipublica possumus, quamvis illius esse dicantur; quia aliter illius sunt, aliter mei. Et post. Cæsar omnia habet, fiscus ejus privata tantum ac sua, & universa in imperio ejus sunt, in patrimonio propria, quid ejus sit, quid non sit, sine diminutione imperii quaeritur. nam id quoque, quod tanquam alienum abjudicatur, aliter illius est. Clara hæc, opinor, & vera: sed clariora erunt; si aliquanto plenius ostendero Veterum sententiam de duplici republica, & de bonis utriusque, simul rationem loquendi ipsi ea in re usitatam. De utraque republica testatur Seneca, De otio sapientis cap. 31. Verba Senecæ. Hoc ab homine exigitur, ut pro sit hominibus, fieri potest multis, si minus paucis, si minus sibi. Nam cum se utilem ceteris efficit, commune agit negotium. Duas enim respublicas animo complectamur, alteram magnam & vero pulchram, in qua dii atque homines continentur, in qua non ad hunc angulum respicimus aut ad illud, sed terminos civitatis nostræ cum sole metimur: alteram, cui nos adscripsit conditio nascendi. Item Cicero lib. 1. Academicarum questionum. Hominem esse censebant quasi partem quandam civitatis & universi generis humani, eumque esse conjunctum cum hominibus humana quadam societate. Idem Cicero De finibus lib. 3. Mundum censeant regi numine Deorum, eumque esse quasi communem urbem & civitatem hominum & Deorum, & unumquemque nostrum ejus mundi esse partem, ex quo illud natura consequi, ut communem utilitatem nostram anteponamus. Et paulo post. Præclare Chrysippus,

Noodt Operum. Tomus I.

cetera esse nata causa hominum & Deorum: eos autem communis & societatis suæ, ut bestis homines uti ad utilitatem suam possint sine injuria, quoniamque ea esset natura hominum, ut cum genere humano quasi civile jus intercederet, quid conservaret, cum justum, qui mutaret, eum injustum fore. Possem hæc adstruere pluribus, in quibus jus sive gentium, sive naturæ, appellatur jus civile generis humani, mundus hic dicitur civitas communis hominum Deorumque: nisi hæc sufficerent. Tamen, si quis non tantum sententiam eam, sed ejus rationem quoque atque originem, recensere velit; ejus honoris causa etiam hoc Ciceronis adscripsi ex lib. 1. De legibus. Animal hoc providum, sagax, multiplex, acutum, memor, plenum rationis & consilii, quem vocamus hominem, præclara quadam conditione generatum est à summo Deo. Solum est enim ex tot animantium generibus atque naturis particeps rationis & cogitationis: cum cetera sint omnia expertia. Quid est autem non dicam in homine, sed in omni cælo atque terra ratione divinius? quæ cum adolevit atque perfecta est, nominatur rite scientia. Est igitur, quoniam nihil est ratione melius, eaque & in homine & in Deo, prima homini cum Deo rationis societas: inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est: quæ cum sit lex, lege quoque consociati homines cum Diis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris est: quibus autem hæc sunt inter eos communia, & civitatis ejusdem habendi. Si vero iisdem imperiis parent, multo jam magis parent huic cælesti descriptioni, mentique divina & præpotenti Deo, ut jam universus hic mundus una civitas communis Deorum atque hominum sit existimanda.

3. Ostendi duplicem rempublicam: sequitur, ut ostendam, nil præter meritum esse, quod dixi, Veteres in hac divisione qua de agimus, publicorum appellatione non utique publica populi Romani, seu publica jure civili, sed omnium hominum publica, intellexisse, quod neque à communibus publica, neque à publicis communia, distinguere, sed quæ publica, eadem communia, & quæ communia, eadem publica, esse voluisse: denique, cum flumen, cum portum, cum littus, cum mare, cum aquam profluentem, & similia, quæ habent innoxium usum, vocant publica seu communia, fere velle, ea esse publica seu communia jure gentium, non autem publica sive communia jure civili, nisi imperio: ut supra monui. Ei sane rei Neratius firmum atque clarum perhibet testimonium in l. 14. D. de acquirendo rerum dominio; sic scribens. Quod in littore quis edificaverit, ejus erit. Nam littora publica non ita sunt, ut ea, quæ in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quæ primum à natura prodita sunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. Nec dissimilis eorum conditio est atque piscium & ferarum, quæ simul atque apprehensa sunt: sine dubio ejus, in cujus potestatem pervenerunt, domini sunt. Quo ex loco patet, ut civitates, ita bona publica, bifariam dici: alia enim haberi in patrimonio populi Romani: alia contra, ut littora, verbi gratia, imperio quidem populi Romani parere, & hæcenus populi Romani videri; ut dicetur §. 5. infra h. c. sed tamen non esse in patrimonio populi Romani; verum à natura ita prodita, ut à quolibet occupari, atque usurpari queant, licet is civis Romanus non sit; cum publica sint, non quidem contemplatione reipublicæ Romanæ, sed juris gentium, id est, reipublicæ ejus quæ est universi generis humani. Atque ut Neratius, similiter Ovidius, res jure naturæ publicas & res jure

naturæ communes confundit *libr. 6. Metamorph.*

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.

Nec solem proprium natura, nec aëra fecit,

Nec tennes undas: ad publica munera veni.

Ecce, quæ ante jure naturæ communes aquæ, eadem post publica munera. Similiter Tacitus *lib. 13. Annal. c. 55.* Sicut cælum Diis, ita terras generi mortalium datas, quæque vacuæ, eas publicas esse. Ubi publicæ sunt juris naturæ publicæ, sive magnæ illius civitatis quæ est Deorum & hominum: ideoque addit, Solem deinde respiciens & cætera sidera vocans, quas coram interrogabat, vellentne contueri inane solum, potius mare superfunderent adversus terrarum ereptores. Nam ut mundum civitatem, ita sidera cives faciebant & magistratus: ut Plutarchus meminit in *Communibus notis adversus Stocios*: addens, solem etiam Consulem, luciferum Prætozem aut Præfectum ejus civitatis appellatum fuisse. Similiter Petronius, *Quid, inquit, non commune est, quod natura optimum fecit? Sol omnibus lucet. Luna innumerabilibus comita sideribus etiam feras ducit ad pabulum. quid aquis dici formosius potest? in publico tamen manant.* Ecce, quod optimum est, id modo commune vocat, modo publicum. Similiter ait Seneca *epist. 73.* Stulta avaritia mortalium possessionem proprietatemque discernit, nec quidquam suum credit esse, quod publicum est. At ille sapiens nihil suum judicat magis, quam cujus illi cum humano genere consortium est. Nec enim essent ista communia, nisi pars illorum pertineret ad singulos. Idem Seneca in *epist. 88.* Negant jurisconsulti, quidquam usucapi, quod publicum est: publicum est hoc, quod tenes, & quidem generis humani. Similiter in *epist. 8.* voces Epicuri publicas nominat, eo quod editæ ad usum omnium, occupant cedunt. Potest fieri, inquit, ut me interroges, quare ab Epicuro tam multa bene dicta referam potius, quam nostrorum. Quid tamen est, quare tu istas Epicuri voces putes esse non publicas? Nec minore elegantia Simmacus *lib. 1. epist. 31.* Cum semel à te carmen profectum est, jus omne posuisti, oratio publica, res libera est. Pari ratione Scævola de communi littorum usu loquens, *In littore, inquit, jure gentium edificare licere, nisi usus publicus impediret l. 4. D. Ne quid in loco publico.* Pomponius quoque in *l. penult. D. de rerum divisione.* Aristo ait, sicut id, quod in mari edificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum. Item Paulus *l. 14. D. de injuriis.* Si maris proprium jus ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur jus suum exercere, quoniam ad privatam jam causam pertineat hæc res, non ad publicam: id est, ad communem; nam mare naturali jure commune est.

4. Sive, ut plenius dicit Gajus in *l. 5. D. de rerum divisione*, de usu riparum differens, publicum jure gentium, vel, ut Tribonianus ex antiquo Jurisconsulto in *§. 5. Inst. eod. tit.* loquitur de littoribus, publicum & juris gentium: nam quod D. Arnoldus Vinnius ista distingui voluit, mihi non probatur: qui didici ex Papiniano, parum interesse, utrum dicas, publicum jure gentium, an publicum juris gentium: nam in *l. 45. D. de usurpationibus & usucapionibus* flumina publica & littora publica appellat uno ore loca juris gentium publica. Sed & Gajus in *l. 7. §. 5. D. de acquirendo rerum dominio* aperte pronuntiat, alveum & flumen publicum esse juris gentium.

5. Itaque res communes & publicæ, sive de aëre,

aqua profluente, mari, littoribus maris, sive de fluminibus, & portubus, quætur, parem habent potestatem: nec est ratio ulla, cur minus dicamus jus navigandi piscandique, & reliquos fluminum publicorum usus innoxios, in his jure gentium competere omnibus; maxime, cum id clare tradatur *§. 2. Inst. de rerum divisione*: id est, non tantum civibus Romanis, quomodo viri docti limitarunt *d. §. 2.* sed etiam iis qui sunt peregrini. Nec moror, quod flumina quæ continentur finibus populi Romani, esse videntur sub imperio populi Romani, & de se ipso sic Danubius apud Aufonium loquitur.

Danubius penitis caput occultatus in undis

Totus sub vestra jam ditione fluo.

Qua gelidum fontem mediis effundo Sævæ,

Imperii gravidas qua seco Pannonias,

Et qua dives aquis Schythico solvo ostia ponto,

Omnia sub vestrum flumina mitto jugum.

Nam id, ut jam monui supra, ad tutelam fluminum, & imperium seu jurisdictionem spectat; non autem pertinet eo, ut etiam tunc, cum innoxiam habent utilitatem, uni pateant populo Romano, cæteris claudantur: pariter enim Celsus, littora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani esse, arbitratur in *l. 3. D. Ne quid in loco publico*; & de mari idem respondent infiniti auctores apud doctissimum Grotium *lib. 2. De jure belli & pacis c. 3. §. 13.* & ibi in *Notis*: nec tamen à Veteribus Juris-peritis qui de his ex professo disseruere, numquam dubitatum est, quin mare & littora non ita publica sint, ut ea quæ sunt in patrimonio populi, sed ut ea quæ à natura primum prodita sunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt *d. l. 14. D. de acquirendo rerum dominio*: hoc est, quin mare & littora omnibus jure naturali communia sint *l. 13. D. Communia prediorum d. §. 1. & §. 5. Inst. de rerum divisione.* Omitto, quod ipse Celsus probat *l. 3. §. 1. D. d. t. Ne quid in loco publico, Maris communem esse usum omnibus hominibus, sicut aëris, jactasque in id pilas ejus esse, qui jecerit: sed id concedendum non esse, si deterior littoris marisve usus sit futurus.* Atque ut ista de littore & mari ad hunc modum disputantur apud Celsum: ita legitur apud Ulpianum in *l. 24. D. de damno infecto, Fluminum publicorum communem esse usum, sicut viarum publicarum & littorum; in hisce igitur publice licere cuilibet edificare & destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.* Ait fluminum publicorum communem usum esse: ait, flumina littoribus ac viis publicis assimilari. Expecto, quid possit rei planæ sine cavillatione objici: littora enim communia cum mari, cumque aëre haberi, certi juris est; neque aliter de viis publicis sentiendum, docet Augustinus, apud Gratianum in *c. notandum caus. 23. quæst. 2.* Proinde negat quisquam, flumina omnibus esse communia jure naturali? negat, fluminum innoxium usum pertinere ad hos qui non sunt cives? neget etiam, fluminum publicorum communem usum esse, sicut viarum publicarum & littorum: neget, publice licere cuilibet in his edificare & destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat; quod apertis verbis affirmat Ulpianus; & infra plenius demonstrabo *lib. 4. c. 1.*

6. Quibus hic accedit cumulus, quod Marcianus in *l. 2. D. rerum divisione* res omnes non in quinque genera distribuit; sed, omissis publicis, solum meminit earum quæ communes sunt jure naturali omnium, deinde quæ universitatis, tum quæ

quæ nullius, denique quæ singulorum privatae sunt; easque deinceps eodem ordine persequitur. Nam si sustinisset, naturas publicarum communiumque rerum dividere; nihil causæ habuisset; cur, expuncta una parte, divisionem proposuisset haud perfectam. Utique leve est, quod à nonnullis fingitur, publicarum rerum similiter, ut communium, fecisse mentionem; quæ deinde rursus, nescio quo fato, interierit. Sed nec illud sapit, quod aliis placet, argumento particulæ adversativæ, sed, (quæ est in l. 4. §. 1. D. eod. tit.) non id sedisse Marciano, ut publicas res excluderet: quas, etsi in divisione non adscripserit in d. l. 2. tamen in ipso tractatu omisisse non videatur. Nam & huic conjecturæ obstat ratio divisionum; obstat usus verborum; obstant impressa Accursii exemplaria: in quibus non nuda vocola, sed, verum addita conjunctione legitur, sed &: atque ita quidem facta seu species utriusque loci distinguuntur; verum jura separationem non adgnoscent. Quamquam esto verior lectio, sed flumina; num idcirco Marcianus, alia esse fluminum portuumque, alia marium & littorum jura, ostendit? Quid si enim flumina & portus non littoribus rebusque cæteris communibus, sed villis, sed ædificiis, sed monumentis, opponat? quid si, sed, usurpet pro sed &?

7. Extant apud nostros exempla in quibus ea particula ratione sumitur haud dispari: ut apud Ulpianum in l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam. Dicit igitur Julianus, injuriarum quidem actionem non competere. An ex locato dubitat; quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito. Id est, sed & lege Aquilia: utramque enim actionem, & locati, & legis Aquiliæ, in ea specie venire, idem Ulpianus refert l. 13. §. 4. D. Locati conducti. Justinianus quoque in §. 6. Inst. de interdictis sic insit. Recuperanda possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel adium vi dejectus fuerit. Sed ex constitutionibus sacris, si quis rem per vim occupaverit dominio ejus privatur &c. Ubi sed ex constitutionibus dicitur pro sed & ex constitutionibus: ut apparet ex l. 1. §. 2. D. de vi & de vi armata. Ulpianus l. 9. §. 1. D. de usufructu. Et si apes (alii legunt lapides) in eo fundo sint, earum quoque ususfructus ad eum pertinet. Sed si lapidicinas habeat & lapidem cadere velit, his usum Sabinus ait quasi bonum patrem familias. Sed si hæc metalla post usumfructum legatum sint inventa, continentur legato. Id est, sed & si lapidicinas habeat, sed & si hæc metalla: quod Accursii exemplar exprimit. Facile esset,

infinita alia ejus generis exempla in medium adferre; nisi ex hisce pauculis intelligeretur plus satis, sic accipiendum esse Marcianum dicto loco, quasi dixisset, non tantum aërem, fontes, mare, & per hoc littora maris esse omnium jure naturali communia, sed & flumina pene omnia & portus publica seu communia esse.

8. At Tribonianus publica & communia distinguit in d. pr. Inst. de rerum divisione, sic scribens. Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, &c. Quid dicam? aliquid turbatum esse: vix dubito. Peccatum tamen sit imprudentia Triboniani, qui supplere atque interpretari Marcianum cum vellet, perdidit; an, quod ante me suspicatus Franciscus Hormanus, Vir Clarissimus, lateat scripturæ vitium, legendumque sit, quædam naturali jure communia sunt omnium, (quæ eadem publica) quædam universitatis, quædam nullius, &c. nondum constitui. Quidquid est, mirum sane est, quantopere ea, quam dixi, Marciani sententia adjuvetur, si membra illa, quæ Tribonianus ex Marciani libro tertio Institutionum laceravit ac discerpserit sub titulo Pandectarum, De rerum divisione, capite 2. 4. & 6, sic pene quasi postliminio coalescant.

Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali jure communia omnium sunt illa, aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris: nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis & ædificiis & monumentis abstineatur, quia non sunt juris gentium, sicut est mare, idque & Divus Pius piscatoribus Formianis & Capenatis rescripsit. Sed (vel sed &) flumina pene omnia & portus publica sunt; in tantum, ut & soli domini constituentur, qui ibi ædificant; sed quamdiu ædificium manet; alioquin ædificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, & si alius in eo loco ædificaverit, ejus fiet. Universitatis sunt, non singulorum; veluti, quæ in civitatibus sunt theatra & stadia & similia, & si qua alia sunt communia civitatum, &c.

Quæ tantum non eadem sunt iis, quæ à Neratio in d. l. 14. D. de acquirendo rerum dominio, item ab Ulpiano in d. l. 24. D. de damno infecto, & Michaële Attaliæ tit. 2. Pragmaticorum, Prudentio, & aliis supra sunt tradita.

CAPUT IX.

1. Festinantes occupatosque homines nonnumquam aliud scribere aut loqui, quam initio destinarunt. 2. Id Plautum bene observasse. 3. Evénisse Virgilio, Ciceroni, Augusto. 4. Ulpiano quoque in l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & in Titulo VII. Collationis legum Mosaicarum & Romanarum. 5. Differentia traditur legis Corneliæ, legis Aquiliæ, & legis naturæ, in punienda cæde furis nocturni minus necessaria. Pauli quoddam Fragmentum declaratur in dicto Titulo septimo. 6. Fugitivum esse ostenditur Ulpiani caput 9. D. Ad legem Corneliam de siccariis, improbatâ opinione Gulielmi Budæi, Viri Clarissimi.

1. Qui aliquando mentem animi ad hominum dicta factaque paulo diligentius adjicit; næ

is experiundo facile comperiet, quam sæpe universis eveniat, ut in mera luce cæcutiant; & quæ ipsi recte

recte intellexerint, ea prodere, sicut intellecta sunt, nequeant: sive quod fortior aliquis affectus impedimento est, quo minus sua peræque constet ratio memoriæ: sive quod nimia acceleratio sæpe efficit, ut animus, dum pluribus intenditur, variet, atque ad alia aberret, quam sibi dicenda faciendave initio proposuerat.

2. Vidit hoc, ut est gravis morum censor, Plautus: vidit atque etiam belle in *Casinam* transtulit act. 2. scen. 5. amorem senilem introducens his verbis.

ST. Appone hic sicellam, sortes cedo mihi, animum advertite.

Atque ego censui abs te posse hoc impetrare, uxor mea, Casina ut uxor mihi daretur; & nunc etiam censeo.

CL. Tibi daretur illa? ST. Mihi enim. Ah non id volui dicere!

Dum mihi volui, huic dixi: atque adeo, dum mihi cupio perperam

Jam dudum hercle fabulor. CL. Pol tu quidem atque etiam facis.

ST. Huic, imo hercle mihi. Vah tandem redii vix veram in viam.

CL. Per pol sæpe peccas. ST. Ita fit, ubi quid tantopore expetas.

3. Hanc autem memoriæ inconstantiam sicut in plebe Comicus animadvertit: ita in Virgilio Higinus observat aliquoties; teste Gellio lib. 10. Noct. Attic. c. 16. Refert quoque Suetonius in *Augusto* c. 88. eum sæpe inter scribendum non literas modo, sed syllabas quoque præterire, aut permutare, communi hominum errore. Sed & ipse Gellius lib. 15. cap. 6. scribit, in libro M. Tullii, qui est secundus *De gloria*, manifestum errorem esse non magnæ rei, quem errorem esse, possit cognoscere non aliquis eruditorum, sed qui tantum *δύσως* legerit τὸ γ: nam Ciceronem versus quosdam Homeri, quos in eo libro in linguam Latinam vertit, Ajacem facere loquentem; cum eos apud Homerum non Ajax dicat, sed Hector: additque Gellius, non tam id mirandum, errasse in ea re M. Tullium, quam non esse hoc postea animadvertum vel ab ipso, vel à Tirone liberto ejus, diligentissimo homine, & librorum patroni sui studiosissimo,

4. Sed putem, Gellium mirari rem, neque novam, neque insolitam: qui aliquando sensi, & Jurisconsultos nostros erroribus iisdem fuisse obnoxios atque opportunos: eosque deinde nec ab ipsis, nec ab Interpretibus eorum esse post tot secula dispunctos. Ex Ulpiani certe, hominis alioquin docti & gravis, hominis tamen, & quod magis, occupati, libro 18. Ad edictum leguntur vulgo hæc verba, apud Licinium Rufinum in *Tit. 7. Collationis legum Mosaicarum & Romanarum*, quorum pars extat in l. 3. & 5. D. *Ad legem Aquiliam*.

*Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenebitur, quia non injuria occidit. Sed & quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur injuria occidisse; proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit; sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, nam hæc (ita editur, hæc, sed legendum, hic: id est, in hoc casu: ut *Ad Legem Aquiliam* cap. v. demonstravi) lex non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, ma-*

gis est, ut injuria fecisse videatur, ideoque etiam lege Cornelia tenebitur. Injuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum & circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit. Et ideo interdum utraque actio concurrit & legis Aquilia & injuriarum: sed duæ erunt estimationes, alia damni, alia contumelia. Igitur injuriam hic accipiemus damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

Quid hic ait Ulpianus? si quis furem nocturnum, cum posset apprehendere, maluit occidere: magis esse, ut injuria fecisse videatur; ideoque etiam lege Cornelia teneatur. Potestne vero quidquam ineptius, aut Ulpiano minus consentaneum proferri? Ego sane à genio meo numquam impetravi; quo minus ea legis Cornelia mentio imprudentis esse videretur, & ejus qui dicere legem *Aquiliam*, sustineret: nam huc totum illud Ulpiani Fragmentum pertinere, non dicam, colligitur ex Titulo, aut Inscriptione illius loci, aut ex connectione rerum, quamquam illa sufficerent: sed apparet ex claris Ulpiani verbis, interpretatur enim legis Aquiliæ caput primum; in eoque verba hæc, *injuria occiderit*. unde cum præsumeret, ire in nonnullas species, in quibus venire posset dubitatio, utrum cædes per injuriam facta videretur, nec ne; atque adeo incideret in furem nocturnum: dubium non est, ubi primo loco dicit, videndum esse, an lege Aquilia teneatur, qui furem telo se defendentem occiderit; & deinde subjicit, eum qui furem noctu occidit, sed metu mortis, (ut paulo plenius exprimitur in *d. l. 5.*) lege Aquilia non teneri; quin in contraria quoque specie in qua quis maluit, furem occidere, quam, cum posset, apprehendere, potius indicare legem Aquiliam, quam Corneliam, voluerit: primum, quia ante nihil quæsit de lege Cornelia; neque oportuit eum aliter, quam ad interrogata, respondere: deinde in ejusdem quæstionis explicatione mox iterum legis, non Cornelie, sed Aquiliæ, meminit *d. l. 5. §. 1.* tertio proponitur cædes esse per injuriam commissam: injuriam autem, ut Ulpianus utroque in loco scribit, hic accipere nos oportet non, quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non jure factum est; hoc est, contra jus, sive si culpa quis occiderit, etsi noluerit *d. l. 5. §. 1. d. t. 7.*

5. Quamquam enim in lege Aquilia sufficiat culpa qualiscumque, etiam levissima *l. 44. D. eod. tit.* in lege tamen Cornelia dolus pro facto accipitur; nec culpa lata, nedum levis, aut levissima, pro dolo habetur *l. 7. D. Ad legem Corneliam de sicariis*. Et proinde legi quidem Aquiliæ, item naturæ, culpæ nomine obligabitur qui nocturnum furem, ubi posset apprehendere & servare, maluit perdere, invita & vetante humanitate *d. l. 5. & d. t. 7.* verum lege Cornelia non tenebitur, quasi commisso dolo: cum utique ei lege Duodecim Tabularum cædes nocturni furis (ut Ulpianus ait) omnimodo, id est, sine distinctione atque in infinitum, permittatur: puto, quod dolo non delinquat cujus ratio, turbata aut metu, aut subita atque improvisa ira, non sui juris est; ut consilio potius, quam impetu, videatur decernere: nam (ut Persius ait *Sat. 3.*)

--- Face supposita ferverescit sanguis, & ira.

Scintillant oculi, dicisque, facisque, quod ipse

Non sani esse hominis, non sanus juret Orestes.

Idque sine dubio est, quod Augustinus lib. 1. *D. libero*

vero arbitrio scribit, Ea vindicanda sibi legem populi assumere, quæ satis sint concilianda paci hominibus imperitis, & quanta possunt per hominem regi: illas vero culpas alias pœnas habere, à quibus sola liberare posse videtur sapientia. Et paulo post. *Videri tibi legem istam, quæ regendis civitatibus fertur, multa concedere, quæ per divinam providentiam vindicantur, & recte: neque enim, quia non omnia facit, ideo quæ facit improbanda esse.* Vera hæc & certa: in primis postquam Paulus libro 5. *Sententiarum, Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis*, apud Licinium Rufinum in d. Tit. 7. rem aperte & his quæ dixi convenienter definit: cum, *Si quis, inquit, furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenebitur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum, transmittendum ad Præsidentem Magistratibus obtulerit.* Nam sensus Pauli est, Eum, qui furem nocturnum, vel diurnum telo se defendentem, occiderit tum, cum posset apprehendere, lege Cornelia non teneri. Idque & Cicero *Pro Milone* probat; *Duodecim, inquit, tabula nocturnum furem quoquomodo, diurnum autem, si se telo defenderit, interfici impune voluerunt.* Cæterum, quia jure naturæ quisque cogitur, abstinere à cæde hominis, quamquam legibus licita, tamen non necessaria; atque, ut Seneca ait lib. 2. *De ira* c. 27. angusta innocentia est, ad legem bonum esse; certe latius patet officiorum, quam juris, regula; multa que pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides, exigunt, quæ extra publicas tabulas sunt: putat Paulus, conveniens esse officio viri boni, non tam inspicere hic, quid lege Cornelia sit impune, quam quid natura sit honestum: ideoque melius facturum; si furem, cum jure posset, non occiderit; sed comprehensum, transmittendum ad Præsidentem Magistratibus obtulerit. Quod omnino est suadentis Jurisconsulti; id est, ejus qui instituit tradere necessitatem non juris civilis, sed naturæ: nam & Cicero similiter *Pro Quintio, Jugulare, inquit, civem ne jure quidem quisquam bonus vult: mavult enim commemorare se, cum posset perdere, pepercisse, quam, cum parcere potuerit, perdidisse.* Hæc in homines alienissimos, denique inimicissimos viri boni faciunt & hominum existimationis & communis humanitatis causa, ut, cum ipsi nihil scientes alteri incommodarint, nihil ipsis jure incommodi cadere possit. Ea plana sunt; & tamen à Pithæo non animadvertita, *Notis ad dict. Tit. 7.* ut nec à Cujacio lib. 14. *Observat. c. 15.* & in *Opere posthumo* ad l. 3. D. de justitia & jure, aliove Interprete, qui ad meas manus pervenit.

6. Nec mitum: nam ipse quoque Tribonianus, deceptus, ut mihi videtur, nudo illo legis Cornelia sono in d. l. 5. & aliud consimile Ulpiani Fragmentum ex libro ipsius 37. Ad edictum transtulit in Titulum Digestorum, Ad legem Corneliam

de sicariis, capite nono: quasi voluerit Ulpianus, eum, qui furem nocturnum occidit, cum posset ei parcere sine suo periculo, legi Corneliae de sicariis fieri obnoxium. Sed quam recte, id ratio legis Corneliae, id Paulus dicto loco, ostendit. Quibus adjici potest, quod Ulpianus libro 37. Ad Edictum nec de judiciis publicis egit, nec de lege Cornelia; sed de furtis, sed de noxalibus actionibus, aliisque forte id genus privatis causis: ut testes sunt complures loci, qui inde descripti, reperiuntur hodie in l. 8. 36. 38. 42. D. de noxalibus actionibus. l. 16. D. de interrogationibus in jure faciendis. l. 50. & 52. D. de furtis. Itaque verisimile est, impune ferre, apud Ulpianum in d. l. 9. idem fere esse, quod Paulo, innoxium esse, in l. 45. D. Ad legem Aquiliam, hoc est, impune ferre vel innoxium esse lege Aquilia: neque necesse est, cum Gulielmo Budæo, Viro Clarissimo, *Notis reliquis ad Pandectas, editionis Parisiensis anni 1543. pag. 39. & seq.* inspicari, eum locum mutilatum esse, atque ita restituendum. *Furem nocturnum si quis occiderit, omnino impune erit, si diurnum, ita demum impune feret. & reliqua.*

7. Prælagit mihi mens mea, fore quibus ea, quæ hoc scripsi capite, passim displicitura sint, non aliam ob causam, quam quia existimant, non coli satis comiter majestatem civilis sapientiæ: si quis vel in Tribonianum vel Prudentum aliquem interdum cecidisse humani quidquam autumet, non tam odio ductus eorum aut novandi libidine, quam ratione & studio veritatis ad quam omnes bonos collimare, fas jusque est. Sed hi, velim res suas sibi habeant; & si Diis placet, sancte tueantur errores Veterum. ego interim curabo, ne facile superstitioni donem artem pulcherrimam; neve levibus atque inanibus effugiis ludibria quædam excitando efficiam, ut corpus Juris enervetur, & cadat, animique juvenum ad magna surgentes, ut ille ait, calumnia, velut pestilenti fidere, afflentur. Sed finio, & adscribo sequentia ex Quintiliano lib. 10. *Inst. orat. c. 1. p. 732.* Neque id statim legenti persuasum sit, omnia, quæ magni auctores dixerint, utique esse perfectæ: nam & labuntur aliquando & oneri cedunt & indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animum, cum Ciceroni interim dormire Demosthenes, Horatio vero Homerus ipse videatur. Summi enim sunt, homines tamen, acciditque iis, qui quidquid apud illos repererunt, dicendi legem putant, ut deteriora imitentur, (id enim est facilius) ac se abunde similes putent, si vitia magnorum consequantur. Modeste tamen & circumspetto judicio de tantis viris pronuntiandum est; ne, quod plerisque accidit, damnent, quæ non intelligunt. Ac si necesse est in alteram errare partem, omnia eorum legentibus placere, quam multa displicere, maluerim.

* *

CAPUT X.

Ulpianum in l. 5. §. 4. D. de his, qui effuderint vel dejecerint actionem legis Aquiliae pro actione in factum imprudenter scripsisse.

Sublatus est error unius Ulpiani in d. l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & d. Tit. 7. Collationis legum Mosaicarum & Romanarum: sequitur alter ejusdem Jurisconsulti haud dissimilis lapsus in l. 5. §. 4. D. de his, qui dejecerint vel effuderint, quæ sic habet

Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod ho-

spes; vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus est, in factum dandam esse Labeo dicit adversus dejectorem. Quod verum est. Plane si locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem.

Hic recte quidem Ulpianus regressum concedit ei qui est propterea condemnatus, quod hospes vel quis alius ex ejus cœnaculo dejecit: non enim por-

rigi

rigi debet pœna, nisi adversus auctorem culpæ, et si Prætor actionem in Edicto promittat non adversus deicientem, sed adversus inhabitantem; & hospes aliave similis persona non inhabitet, sed tantisper hospitetur *l. 1. pr. §. 9. D. eod. tit.* At male Ulpianus primam eam actionem quæ adversus habitatorem datur, legis Aquiliæ vocat: cum sit actio in factum de dejectis & effusis; quarum & substantia, & appellatio, distinctissima est; ut idem fatetur Ulpianus *d. l. 1. §. 4. l. 5. §. 3. D. eod. tit.* cum eo igitur §. 3. species hujus §. procul dubio est connectenda hoc modo.

Si horrearius aliquid dejecerit, vel effuderit, aut conductor apotheca, vel qui in hoc duntaxat con-

ductum locum habebat, ut ibi opus faciat, vel doceat, in factum actioni locus est: etiamsi quis operantium dejecerit, vel effuderit, vel si quis discendum. Cum autem in factum actione (sic enim scribo) propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus est, in factum dandam esse Labeo dicit adversus dejectorem. Quod verum est. Plane si locaverit dejectori, etiam ex locato habebit actionem.

Sic prorsus sentio: nam & Cyrillus ita in Notis ad hunc locum *Basilic. lib. 60. tit. 4.* scribit. *At vero quæ ratione hoc ita sit, ut damnetur lege Aquilia, non ex hoc edicto in factum actione.*

C A P U T X I.

1. *Marcianum in l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis posuisse legem Corneliam de sicariis pro lege Cornelia de parricidiis. Earum legum, ut § Pompeja de parricidiis, quæ pœna?* 2. *Pauli Fragmentum quoddam lib. 5. Sentent. tit. 24. explicatur.* 3. *More majorum significari sæpius leges majorum. Modestinus declaratur in l. 9. D. de lege Pompeja de parricidiis. Jacobus Gothofredus & Jacobus Cujacius refelluntur.* 4. *Tribonianus illustratur in §. 6. Inst. de publicis judiciis contra Duarenium & Cujacium.* 6. *Hotmanus notatur.* 7. *Improbatur opinio Sigonii, Manutii, Covarruvie. Parricidii appellatio quando obtineat?*

1. **T**OLLAM quoque hoc capite aliud mendum quod habet causam superioribus non dissimilem corrumpendæ scripturæ in libro 14. Institutionum Marciani, ubi ait.

Lege Pompeja de parricidiis caveri, ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matrulem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socrum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam, occiderit, cujusve dolo id factum erit, ut pœna ea teneatur, quæ est legis Cornelia de sicariis, &c.

l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis. Displicent hic postrema verba, legis Cornelia de sicariis. Scribo legis Cornelia de parricidiis. Nam alia fuit parricidii pœna, alia homicidii: in homicidam exilio ex lege Cornelia de sicariis *l. 3. §. 5. D. Ad legem Corneliam de sicariis*, in parricidam culleo primum ex lege veteri, deinde ex lege Cornelia de parricidiis, animadversum fuit; ut probat Sigonius *De judiciis lib. 2. cap. 31.* ejusque legis Cornelia de parricidiis etiam Pomponius *l. 2. §. 32. D. de origine juris*, & Imppp. Valens, Gratianus, & Valentinianus *l. ult. Cod. Theod. Ad legem Corneliam de falso meminere.* Porro pœnam, à majoribus institutam, servavit Pompejus; non sustulit, quod plerique putant, nova sicariorum substituta. De ea re signa atque argumenta quæ habeo, paucis verbis eloquar. In primis colligitur ex ordine Titulorum qui sunt in Digestis Ad legem Corneliam de sicariis, & De lege Pompeja de parricidiis, item ex Inscriptione capitis primi utriusque Tituli, Marcianum ab Interpretatione legis Cornelia de sicariis transisse ad legem Pompejam de parricidiis: ita quid novum, si ejus memoria in *d. l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis* videatur reversa potius ad priora quibus adsueve-

rat aliquatenus, quam recentioribus & vix tum inceptis inhæsisse. Jam & nominum vicinitas, & diffusior ejus loci enarratio, ostendit, quam facile potuerit occupatus animus à Cornelia de parricidiis aberrare ad Corneliam de sicariis. His accedit, quod Marcianus in *d. l. 1. §. seqq.* diligentius enumerat pleraque personas, quæ nuncupatione parricidii continentur, quam ut fas sit dubitari; an voluerit, ipsarum cædem alia expiari pœna, quam legis Cornelia de sicariis: nam ea sine discrimine grassatur in universos, qui cepere occidendi hominis consilium; nec videtur magnopere desiderare hanc sive Marciani, sive Pompeji, definitionem. Ergo juvant meam conjecturam cum ordo Titulorum, atque Inscriptio, tum ipse Marcianus. Etiam adde testimonia aliorum.

2. In quibus Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 22. §. 1.* *Lege, inquit, Pompeja de parricidiis tenetur, qui patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patronum, patronam occiderit. Hi etsi antea insuti culleo in mare præcipitabantur; hodie tamen vivi exuruntur, vel ad bestias dantur.* Hactenus Paulus: primum docens, qui teneantur lege Pompeja: deinde, quæ sit ejus legis pœna: tum, quæ mutatio in eam incidere. Sensus vero est, Hos qui lege Pompeja tenentur, antea quidem solitos culleo ex ea lege insui, atque in mare præcipitari: sed tempore Pauli non tantum culleo insutos, verum etiam vivos exustos, vel ad bestias datos, fuisse plus dicam: Antea apud Paulum est, ex lege Pompeja ante Hadrianum; Hodie est, tempore Pauli ex Constitutione Hadriani.

3. Testis ejus rei Modestinus in *l. 9. D. de lege Pompeja de parricidiis*, verbis sequentibus. *Pœna parricidii more majorum hac instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus, deinde culleo insuatur*

cum cane, gallo gallinaceo, & vipera, & simia; deinde in mare profundum culleus jactatur. Hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur, secundum D. Hadriani Constitutionem. Modestinus ait, parricidii poenam, more majorum institutam, esse culleum; cumque culleum perduravisse ad Hadrianum: post deinde exceptum distingui, utrum mare proximum esset, nec ne; & hoc casu ad bestias datos parricidas; illo reservatam poenam, more majorum institutam. Ita, opinor, Modestinus per morem majorum non consuetudinem, sed leges, intelligit; easque nec inepte, nec obscure. Non inepte: quia leges etiam mores dici, non dubium esse, auctor Servius ad illud Virgilii lib. 1. *Aeneidos* vers. 268.

--- Moresque viris & mœnia ponet.

Et Livius lib. 2. c. 3. Verba Livii. Tribuni plebis appellati negarunt se in mora esse, quo minus, quod ei more majorum permissum esset, seu legibus, seu moribus mallet, anquireret. Apulejus quoque lib. x. *Metamorph. Magistratus*, inquit, compescere populares, ut rite & more majorum judicio reddito, & utrimque seculi allegationibus examinatis, civiliter sententia promeretur, nec ad instar barbaricae feritatis, vel tyrannicae impotentia damnaretur aliquis inauditus. Quod Salvianus *De providentia*, & ex eo Dionysius Gothofredus ad l. 2. D. *Ad legem Corneliam de sicariis* legibus Duodecim Tabularum institutum cautumque memorat. Non obscure: quia ait Modestinus, culleum perduravisse ad Hadrianum; perdurare autem, nisi receptus lege & Cornelia & Pompeja, vix potuit: non enim patitur ratio; ut, quod prius consuetudine receptum est, id lege posteriore sit potentius: nec facile probabitur, (quod voluit Cujacius ad dict. loc. Pauli, & ad § 6. *Inst. de publicis judiciis*, item Jacobus Gothofredus ad l. unic. *Cod. Theod. de parricidio*) sublatum lege Pompeja fuisse culleum; eamque legem rursus aut usu non receptam esse, aut contrario saltem usu abolitam.

4. Quinimo diserte ait Tribonianus in d. §. 6. *Inst. de publicis judiciis*, lege Pompeja de parricidiis caveri; ut si quis parentis, aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii (sic enim legendum esse, jam complures observarunt) continentur, fata properaverit, poena parricidii puniatur; & neque gladio, neque igne, neque ulli alii solemnī poenæ subiciatur; sed insutus culleo cum cane & gallo gallinaceo & vipera & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus, vel in vicinum mare, vel in amnem, projiciatur: si quis autem alias affinitate vel cognatione conjunctas personas necaverit; poenam legis Corneliae de sicariis sustineat. En, si quis interfecit parentem aliamve personam, quæ parricidii nuncupatione continetur; ait Tribonianus, legem Pompejam locum habere: si quam aliam personam occiderit, tantum lege Cornelia de sicariis eum teneri: neque hoc tantum, sed ait quoque, culleum lege Pompeja receptum esse. Palam hinc igitur, distinctam esse poenam legis Corneliae de sicariis à Pompeja de parricidiis: palam, lege Pompeja esse cautum; ut parricida ea teneatur poena, quæ est legis Corneliae de parricidiis. Necturbat me quod Franciscus Duarenus ad tit. *Pand. de lege Pompeja de parricidiis*, & Jacobus Cujacius ad d. lib. 5. *Sententiarum Pauli* tit. 23. § 2. ajunt, Tribonianum legi Pompejæ adscripsisse poenam, quæ non Pompeji sit, sed Constantini in l. unic. *Cod. de his, qui parentes vel liberos occiderunt*: idque hinc colligi, quod Tribonianus in d. §. 6. etiam filium occidi vetuit; cum tamen filii non Pompejus,

sed Constantinus, meminerit. Esto enim, ut Constantinus filii eadem patri ea lege prohibuerit; primusque jussit, eam vindicari parricidii poena, esto, ut id jus Pompejo adscripserit Tribonianus: quid tum postea? cupiunt viri docti, quod in filii cæde à Constantino innovatum est, hoc generaliter ad parricidii poenam porrigere? nihil agunt: negant enim id hætenus dicta: negant Suetonius in *vita Augusti* c. 33. Seneca Pater lib. 3. *Controversiarum* c. 16. Seneca Filius lib. 1. *De Clementia* c. 15. & 23. Ovidius l. 8. *Metamorph. fabula* 1. Juvenalis *Sat.* 8. vers. 214. & *Sat.* 13. vers. 155. plerique auctores alii qui vel floruerunt circa ætatem Pompeji, vel proxima ab eo tempora, hoc est, illa quibus lex Pompeja videtur obtinuisse, literis commendarunt, negant, inquam: & ideo quotiens memorant parricidii poenas; non exilium, non bestias, non ignes; sed culleum, sed serpentes, sed simiam, nominant, quod metuo, ut futurum fuerit; si poena quæ parricidio more majorum imposita, deinde lege Pompeja sublata, & denuo à Constantino magis restituta, quam confirmata, fingatur.

6. Hæc mea est de d. l. 1. sententia, aliorum ut sequeretur, induci non potui, & qui possim? Nam quod Franciscus Hormanus, in *Indice legum Romanarum*, verb. *Pompeja*, scribit, Marcianum volentem lege Pompeja caveri, ut parricida ea teneatur poena quæ lege Cornelia de sicariis proponitur, sic accipiendum esse, quatenus lex Cornelia ad parricidas pertinet: id vereor, ne sua sponte corruat: quia ex Pomponio l. 2. §. 32. D. *de origine juris*, & Imperatoribus l. ult. *Cod. Theod. Ad legem Corneliam de falso*, intelligitur, distinctam à lege Cornelia de parricidiis esse legem Corneliam de sicariis: eoque alteram ad alteram non magis pertinere, quam lex Julia de adulteriis ad legem Juliam de annona, aut de repetundis, aut similem, pertinet.

7. Eiusdem farinae est, quod scribit Sigonius l. 2. *De judiciis* c. 31. Marcianum & Modestinum, (quorum alter parricidæ ostendit poenam legis Corneliae de sicariis; alter culleum, gallum, viperam) à Justiniano exponi in d. §. 6. *Inst.* item quod Paulus Manutius *De legibus Romanorum*, cap. de parricidiis legibus, & Didacus Couvarruvias in *Clementina, si furiosus*, p. 2. n. 12. ajunt, lege Pompeja de parricidiis non tantum teneri, qui patrem matremve occiderint; sed etiam qui cognatis, quique patronis, intulerint violentas manus: ita tamen, ut hi poenam legis Corneliae de sicariis sustineant; illi magis culleo insuantur arg. d. l. 9. & d. §. 6. Nam his quoque multa adversantur, primum obstat, quod generaliter ait Marcianus, lege Pompeja caveri, ut parricida facto parricidio, ea plectatur poena quæ est legis Corneliae de sicariis; parricidiumque intelligi, si quis patrem aut matrem occiderit, si ve fratrem aut sororem, si ve quamvis aliam personam, quæ in d. l. 1. exprimitur, deinde adversatur, quod nec ipsa parricidii distinctio quam faciunt docti illi viri, satis convenit tum Modestini, tum Justiniani, verbis, non enim est alia eorum sententia, quam parricidium committere eum, qui de medio sustulerit patrem, aut matrem, aut ejus affectionis personam quæ parricidii appellatione continetur: cæterum, si quis alias necaverit personas; tantum homicidium, non parricidium videri, nempe, quia legislator id verbum intra certas coarctavit personas: quæ Modestino d. l. 9. sunt, pater, mater, avus, avia; nec tamen hæc solæ sunt: voluit enim Modestinus, magis exemplo uti, quàm excludere eas quæ à Marciano d. l. 1. quæque à Paulo d. l. 5. *Sent. tit. 24.* præte-

præterea recitantur, atque huic sententiæ etiam facit Isidorus lib. 5. *Originum* cap. 26. Parricidii, inquit, actionem non solum in eum dari, qui parentem, id est, vel patrem vel matrem interemisset: sed & in eum qui fratrem occiderat: & dictum parricidium quasi parentis cædium. Notat enim Isidorus, parricidium proprie quidem dici quasi parentis cædium; sed juris potestate latius accipi etiam pro fratris cæde, id vero ex Apulejo quoque intelligitur: nam is huc alludens lib. x. *Metamorphos.* aperte nominat, *Incestum paterno thalamo & parricidam fraterno exitio & incomminata noverca neceficarium.* Tum subjungit paulo post. *Nec quis-*

quam Decurionum tam æquus remanserat juveni, quin eum evidenter noxa compertum insui culleo pronuntiaret. Plane, cum ait Apulejus, *incomminata noverca neceficarium*, impropria locutio est: nam etsi novercæ cædes non comprehendatur verbis legis Pompejæ de parricidiis: non tamen videtur omisa esse legis sententia: teste Marciano in l. 3. *D. de lege Pompeja de parricidiis.* Utcumque erit, apparet, ubi locum habet parricidii appellatio, ibi solemnem parricidii pœnam obtinere: ubi cessat ea appellatio, ibi non aliam esse pœnam, quam adversus homicidas lege Cornelia de hæcariis constitutam.

CAPUT XII.

Eas species quæ habent mixtam causam, in rerum divisionibus nonnumquam negligi, quasi confusas cum simplicibus: atque inde ejusdem rei modo bipartitam, modo tripartitam, distributionem esse.

HAud raro accidit in rerum divisionibus; ut auctores cum nostri, tum alii, ex iis quam trium generum esse non ignorant, duas ponant species, tertiam quæ mixta est, omittant: non tam quod hanc esse negent, quam quod velint eam in compluribus articulis inclinare ad alterutram simplicium; & sic sequi naturam atque appellationem ejus quæ in ipsa prævalet. Ex hac nota est quod Annæus Seneca lib. 2. *Natural. quæstion.* cap. 2. de corporum divisione agens, *Aliquid est, inquit, continuum, aliquid commissum: continuatio est partium inter se non intermissa conjunctio: unitas est sine commissa continuatio & duorum inter se conjunctorum corporum tactus.* Numquid dubium est, quæ ex his corporibus quæ videmus tractamusque, quæ aut sentiuntur aut sentiunt, quædam sint composita? Illa constant aut nexu, aut acervatione: ut puta funis, frumentum, navis. Rursus non composita: ut arbor, lapis. Ita Seneca: instituens duplicem corporum divisionem; non quasi tertium eorum genus non existat; (nam triplicia esse refert Pomponius in l. 30. *D. de usurpationibus & usucapionibus*) sed quod tertium illud genus, quod constat ex distantibus, ut populus, legio, grex, quodammodo mixtam ex unito & connexo habeat naturam: id enim est, quod is ipse quem dixi, Seneca ad Lucilium scribit epist. 102. *Quid est, quod predicere velim? Quædam continua esse corpora, ut hominem: quædam composita, ut navem, domum, omnium denique, quorum diversa partes junctura in unum sunt coacta: quædam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tanquam exercitus, populus, senatus: illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, jure aut officio coherent, natura diducti aut singuli sunt.* Exemplum hoc unum est. addam alterum. Hermogenianus in l. 1. pr. §. 1. & 2. *D. de muneribus & honoribus.* Munerum, inquit, civilium quædam sunt patrimonii, alia personarum. Patrimonii sunt munera rei vehicularis, item navicularis, decemprimatus: ab istis enim periculo ipsorum exactiones solemnium celebrantur. Personalia civilia sunt munera, defensio civitatis, id est, ut Syndicus fiat, &c. Sed quamquam Hermogenianus tantum duo enumeret munerum genera, patrimonii unum, alterum personæ; non tamen hæc sola esse, ex Arcadio Charisio discimus: qui in l. 18. pr. §. 1. 18. 26. & 27. *D. eodem titulo* tertium quoque adducens, *Munerum*, ait, civilium triplex divisio est: nam munerum quædam personalia sunt, quædam patrimoniorum dicun-

tur, alia mixta: eaque deinde ordine explicat dictis locis. Aliud exemplum occurrit in l. 3. *D. de statu hominum*: ubi ait Gajus: *Summam de jure personarum divisionem hanc esse: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.* Esse enim, præter servorum & liberorum hominum personas, etiam eas quæ mediam teneant fortunam, auctor est Imperator Constantinus in l. 3. *Cod. Theod. Ad Senatusconsultum Claudianum* his verbis. *Sin mulier ingenua vel ignara vel etiam volens cum servo fiscali convenerit, nullum eam ingenui status damnum sustinere.* Sobolem vero, quæ patre servo fiscali, matre nascetur ingenua, mediam tenere fortunam, ut servorum liberi & spurii liberorum Latini sint, qui licet servitutis necessitate solvantur, patroni tamen privilegio tenebuntur. Est ergo duplex hominum divisio, in liberos & servos: imo triplex, in liberos, servos, & eos qui ex utrisque mutantur, quales Latini: quos & Tacitus notat lib. 1 §. *Annal. c. 27.* Manumittendi, inquit, duas species instituit, ut relinqueretur pœnitentia aut novo beneficio locus; quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineri: id est: (ut eleganter & verbis Juris Seneca lib. 3. *Natural. quæstion.*) solum jure naturæ liberos esse, non ex jure Quiritium: si ve, ut ait auctor cujusdam Fragmenti, (quod Pithæus Notis suis ad *Collationem legum Mosaicarum & Romanarum*, in fine, pag. 237. subjecit) non esse liberos; sed domini voluntate in libertate morari, & tantum serviendi metu dimitti. Addit idem auctor: quod hi principio manebant quidem servi, & manumissores audebant eos denuo in servitutem per vim ducere: interveniebat tamen Prætor; & non permittebat, manumissum servire: sed deinde lege Junia propriam libertatem acceperunt, & Latini Juniani facti sunt: ita tamen, ut quamquam liberi vitam suam peragerent, ipso tamen ultimo spiritu simul animam & libertatem amitterent; & manumissores eorum bona quasi servorum jure quodammodo peculii detinerent. §. 4. *Inst. de successione libertorum.*

Aliud exemplum est in §. 3. *Inst. de jure naturali, gentium, & civili*: in quo ex Ulpiano docet Imperator, jus aliud esse scriptum, aliud sine scripto venire: cum tamen mixti quoque juris meminerit Paulus lib. 5. *Sententiarum tit. 4. De injuriis, Injuriarum*, inquit, actio aut lege, aut more, aut mixto jure introducta est. *Lege duodecim tabularum de famosis criminibus, membris ruptis, & ossibus fractis. Moribus,*

quotiens factum pro qualitate sui arbitrio iudicis estimatum congruentis poena supplicio vindicatur. Mixto jure injuriarum actio ex lege Cornelia constituitur, quotiens quis pulsatur, vel cujus domus introitur, ab his, qui vulgo directarii appellantur &c. Quid vero mixtum jus est? ego puto, id posse duobus modis appellari: uno, si lex scripta subsequente deinde usufru recipitur; quo sensu omnes leges quibus obligandi vis est, mixti juris sunt; cum legis non receptae vis nulla sit: ut Julianus notat in l. 32. §. 1. D. de legibus; & Practici norunt, Menochius lib. 2. Presumption. 2. n. 1. Leoninus consil. 10. num. 1. altero modo jus mixtum appellatur, cum consuetudo legi non dat auctoritatem, sed originem: id est cum viridem vigentemque consuetudinem subsequens postea lex firmat: eoque sensu possit forte lex Cornelia mixti juris videri, apud Paulum dicto loco.

Pariter dicendum est de sensu l. 25. D. de obligationibus & actionibus: in qua Ulpianus, ex eoque Imperator in §. 1. Inst. de actionibus, duplicem fecit omnium actionum divisionem, in rem, & in personam. Nam praeterea mixtas esse actiones tam in rem, quam in personam, refert idem Imperator in §. 20. Inst. eod. tit. Credidit quidem Antonius Faber De Erroribus Pragmaticorum p. 4. Decad. 94. cap. 5. & seq. à Glossis violatum esse eum locum. sed male: ajunt quippe Diocletianus & Maximinianus similiter in l. 7. Cod. de petitione hereditatis. Petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum esse, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat &c. sed & Paulus l. 1. D. Finium regundorum. Finium, inquit, regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei sit. Hoc est, etiam in personam est actio, licet rei vindicationem contineat: sive, ut de petitione hereditatis respondit Ulpianus in l. 25. §. 18. D. de petitione hereditatis, Et si in rem actio sit, tamen praestationes habet personales. id est, utrimque mutuatur. Idque de communi dividundo, ac familiae erciscundae, judiciis similiter dicendum esse, vult Ulpianus in l. 4. §. 3. D. Communi dividundo, & l. 22. §. 4. D. familiae erciscundae: quo minus dubium fuerit, quin praeter actiones quae in rem, quaeque in personam, sunt, tertium quoque veniat actionum genus: quibus ex utrisque participantibus simul rem nostram esse, & praeterea adversarium dare facere oportere, intendimus. De quo Hotmanus ad d. §. 20. quem vide.

Haecenus de iis divisionibus à quibus mixtae species penitus exclusae, dixi satis: proximum est, ut annotem etiam nonnullas in quibus, praemissa bipartita divisione, deinde & tertium genus quod mixtum est, subicitur, quasi enumeratum ante, tametsi non sit enumeratum. Exemplum habet Modestinus in l. 4. §. 2. D. de gradibus, sic scribens. Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur: nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectuntur, nonnunquam utroque jure concurrente, & naturali & civili, copulatur cognatio &c. Ecce; dupli-

citer dividitur cognatio, & tamen tria sunt cognationis genera.

Aliud Exemplum habet Gellius lib. 2. Noctium Atticarum c. 7. sic loquens. Omnia quae in rebus humanis sunt, sicut docti censuerunt, aut honesta sunt, aut turpia. Quae sua vi recta sunt, aut honesta, ut fidem colere, ut patriam defendere, ut amicos diligere, ea fieri oportet, sive imperet pater, sive non imperet. Sed his, quae contraria, quaeque turpia & omnino iniqua, ea ne, si imperet, quidem. Quae vero in medio sunt, & à Graecis tum *φραγ*, tum *αετι* appellantur, ut in militiam ire, rursus cedere, honores capeffere, causas defendere, uxorem ducere, quoniam & haec & his similia per sese ipsa neque honesta sunt, neque turpia, sed proinde, ut &c. Quae locutiones ideo observandae sunt, ne quis velit, quod video compluribus, iisque gravibus, Interpretibus placere, facile properare aut ad reprehensionem aut ad emendationem tum Florentini in l. 49. §. 1. de heredibus instituendis, tum Justiniani in §. 4. Inst. de heredum qualitate & differentia; ubi sic scribunt. In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituuntur, sive hi, qui in potestate eorum sunt: Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, ut constiterit institutio; mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, & cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspicendum est, quo adquirunt hereditatem: medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem existentem, mutatio juris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspicere debent. Haec illi: primum duo exigentes tempora quibus cum herede sit testamenti factio: deinde & tertium. Nec male: est enim, ubi inspicitur aditae hereditatis tempus; est, ubi non inspicitur: sive est, ubi tempus aditae hereditatis conjungitur cum mortis tempore: est, ubi separatur, conjungitur autem, quatenus vitium, incidens inter tempus mortis & tempus aditae hereditatis, ubi pura est institutio, vel post existentem conditionem, ubi conditionalis, aditionem impedit, utcumque ante eam fuerit rursus sublatum; secus ac fieret, si idem inter tempus conditi testamenti & mortis contigisset. separatur vero, quatenus testamenti factio non tantum cum herede tempore facti testamenti mortisque exigitur; sed praeterea etiam tempore aditionis: hoc est, separatur, quatenus illa, quam dixi, utriusque temporis conjunctio non operatur haecenus, ut qui tempore mortis capax fuit, idem etiam tunc, cum postea capax esse desierit, fictione juris adhuc capax intelligatur. Idque est, quod in fine d. §. 1. dicitur, Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi, quia, ut diximus, tria tempora inspicere debent. Nam sensus est, quia haecenus tria haec tempora, nempe facti testamenti, mortis & conditionis existentis inspicere debent.

CAPUT XIII.

1. Id est pro idem est. 2. Quis sit sensus l. 42. D. de verborum significatione Doctorum Virorum opinione. 3. Is sensus rejicitur. primum, quia tutor doli nomine damnatus, jure tum gentium, tum civili infamis est ex Veterum sententia. 4. Deinde, quia tutor damnatus ob latam culpam nec

civili jure, nec jure gentium, notatur. Explicatur Edictum Pratoris in l. 1. D. de his qui notantur infamia. 5. Explosam esse à nostris sententiam putantium, omnia peccata esse paria; & non esse sapientis, ignoscere. 6. Explicatur Ulpianus in l. 6. §. 7. D. eod. tit. 7. Doli & lata culpa differentia. Rursus Ulpiano lux l. 3. §. ult. D. de suspectis tutoribus. 8. Justiniani verus sensus investigatur in §. 6. Inst. de suspectis tutoribus; etiam Ulpiani l. 2. §. 41. D. Ad Senatusconsultum Tertullianum. 9. Adferuntur complura loca in quibus lata culpa appellatur dolus, & dicitur dolo comparari. 10. Ea quemadmodum accipienda. 11. Lata culpa quando infamet, quando non infamet? explicatur l. 7. §. 1. D. de suspectis tutoribus. 12. Emendatur & explicatur noviter Ulpianus in d. l. 42. D. de verborum significatione. 13. Facile labi Interpretes, cum incidunt in verba, quæ secundum quid intelligenda sunt. 14. Paulus explicatur ad Hebræos c. 7. §. 3. locique similes produntur ex Seneca, & Favoleno. 15. Verba hæc, cum alia probatio non est, cum deficit probatio, si aliter veritas inveniri non possit, quid significant multis in locis.

1. **A** pud Ulpianum sub titulo D. de verborum significatione sic scriptum est c. 42.

Probrum & opprobrium, id est, probra quadam natura turpia sunt, quadam civiliter & quasi more civitatis, ut puta furtum & adulterium natura turpe est. Enimvero tutela damnari hoc non natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.

Hoc Fragmentum difficile est; & interpretationem pleniorē exigit. Ait Ulpianus, *Probrum & opprobrium*. Hæc verba quid velint, latius tradidere Cujacius & Gæddæus ad tit. D. de verborum significatione. Deinde ait Ulpianus, *id est*. Accursius legisse videtur, *idem est*; ut sensus sit, probrum & opprobrium idem esse: itaque nonnulli restituunt, & bene, ut Albericus Gentilis monuit post Fornerium: addens, *id est*, pro *idem est*, diminute scribi solere: ejusque rei etiam Petrus Diaconus meminit: apud quem Nota hæc ID. E. explicatur *idem est*, IDQ. pro *idemque* scribitur.

2. Ait porro Ulpianus, *Probra quadam natura turpia sunt, quadam, &c.* Censent viri docti, hisce verbis nihil aliud significare Ulpianum, quam probrum & opprobrium esse duum generum: unum natura, alterum civiliter & quasi more civitatis: natura quidem furtum & adulterium; sed more civitatis damnationem tutelæ. Sic viri docti: sed infeliciter.

3. Tutor enim aut doli aut latioris culpæ damnatur. Et si doli damnatur; palam est, eum non minus natura, quam jure civili, notari: nam absque legibus foret; tamen illa juris gentium ratio, & quam natura inter homines constituit, repugnaret societati, quo minus hominem homini insidiari jus fasque esset. Pulchre Cicero, *De officiis lib. 3. Rationem*, inquit, *hoc postulare, ne quid insidiosè, ne quid simulate, ne quid fallaciter*. Id vero si generaliter & in omnibus placet: quanto magis dicendum; cum fraus est pupillo innexa à tutore: cujus is curæ fideique idcirco est commissus, quod se ipse per impuberem ætatem defendere non potest? Sed, ut Lactantius ait lib. 6. *Divin. Inst. c. 12.* magnum est justitiæ opus, pupillos & viduas destitutos & auxilio indigentes defendere: idque universis natu-

rali lege præscribi, non tantum Christiani novimus, ne quis putet; sed & Gentilibus procul dubio fuisse, ex Lucretio lib. 5. *Rerum naturalium*, & Juvenali Sat. xv. vers. 131. & seqq. item A. Gellio lib. 5. *Noctium Atticarum cap. 13.* intelligimus. Neque adeo potuit Lactantius dissimulare d. loc. illos sentire, natura justum esse, tueri eos qui tutela carent. Possent hæc stabiliri plurium auctorum punctis quibus tutoris dolus anumeratur sceleribus jure naturali aut gentium illicitis: sed cur conabor, solem facibus illustrare? Hesiodus tamen, quia omnium instar est, audiatur. Versus Hesiodi in vulgata interpretatione in *Operibus & diebus vers. 318.* & seqq. sic habent.

Opes vero non rapienda: divinitus enim data multo meliores;

Si quis namque & manibus per vim magnas opes traxerit,

Aut lingua spoliavit, (qualia multa

Fiunt, quam primum lucri amor mentem deceperit

Hominum: pudorem vero impudentia expulerit)

Facile & illum obscurant Dii, minuuntur vero familia Viro illi: exiguum vero ad tempus divitiæ adsunt.

Par est delictum, si quis supplicem & hospitem malo adficiat,

Quique fratris sui cubilia adscenderit,

Furtivi causa concubitus uxoris, scelerata patrans,

Quique mala cujuspiam fraude deceperit orphanos liberos.

Quique parentem senem misero in senectæ limine

Probris adfecerit, gravibus incessens verbis,

Huic certe Jupiter irascitur, ad extremum vero

Pro operibus iniquis gravem exhibet talionem.

4. At sicut in superiore specie in qua ob dolum condemnatur tutor, locum non habent Ulpiani verba; quia tum non minus jure gentium, quam more civitatis, infamatur: ita falsa sunt, si ad latam accommodentur culpam: quia ob hanc damnatus, neque jure gentium, neque more civitatis, probrosus est. etsi fatear, si sola considerentur Edicti verba quæ extant in l. 1. D. de his qui notantur infamia, vix esse, ut ab infamia possit excusari tutor, quacumque ratione suo nomine damnatus directo judicio. interim ut in plerisque aliis cum

Legi-

Legibus, tum Edictis, factum: ita in hoc observasse videntur Jurisconsulti; ut Edicti verba ab ejus mente discernere; & cum generaliter ediceret Prætor, infamia notari eum qui tutelæ suo nomine non contrario judicio damnatus erit, multum referre existimarent, utrum ob dolum; an ob culpam, ob malitiam, an ob ignorantiam, damnetur; ignoscendumque esse illi, si ad peccatum ignoranter, imprudenter, incauteque laberetur; veniam vero habere, si sciens peccaret, non oportere.

5. Hujus observationis quæ habeo testimonia documentaque, paucis adscribam verbis. Primum erit, quod passim explosa est sententia eorum qui definiunt, omnia peccata esse paria; neque sapientis esse, ignoscere: vel Seneca teste *lib. 2. De clementia c. 5. & seqq.* & Cicerone *pro Murena*; ne quid de nostris dicam, apud quos ea res certissima est.

6. Alterum argumentum est, quod Prætor ipse, quamquam in Edicto generaliter atque indistinctè loquitur de notandis his qui suo nomine damnati erunt tutelæ directis judiciis; tamen ab infamia liberat damnatos, contrariis judiciis; ac, nisi fallor, ostendit illo exemplo, quis animus ejus sit etiam in directis judiciis: præsertim cum neque dubium sit; quin si unum vel alterum lege introductum est; bona occasio sit, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel jurisdictione suppleri *l. 12. & 13. D. de legibus*. Sed Ulpianus animum Prætoris illum quem dixi, ex eodem principio vere & pulchre exprimit *l. 6. §. 7. D. de his qui notantur infamia*: Contrario inquit, judicio damnatum non esse infamem, nec immerito; nam in contrariis (judiciis) non de perfidia agi, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi. Clare enim Ulpianus duo, quasi certa atque explorata, tradit; primum, Prætoris Edicto notari perfidiam, excusari errorem; & quidquid perfidiæ appellatione non continetur: deinde, non esse infamem, qui est damnatus contrario tutelæ judicio, clare, inquam: nam damnatus contrario tutelæ judicio, non fit infamis ex Ulpiani sententia: & est ratio, quia in contrariis judiciis non solet agi de perfidia. quare prius est, ut tutor propter perfidiam fiat infamis; neque hoc tantum; sed etiam, ut propter solam: absque enim illo esset; vana foret Ulpiani conclusio; dicentis, Edictum ad contraria non pertinere: quia in hisce non solet queri de perfidia. quod si autem Prætor solam notat tutoris perfidiam: sine dubio probatum est, eum ob latam culpam damnatum, non modo non jure gentium, sed nec more civitatis, notari.

7. Siquidem alia est lata culpa; alius dolus, seu perfidia: dolus nascitur ex consilio; lata culpa ex socordia, ex simplicitate: dolus scientiam habet; lata culpa ignorantiam: dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendo, fallendum, decipiendum alterum adhibita *l. 1. §. 2. D. de dolo malo*; lata culpa est nimia negligentia: id est, non intelligere quod omnes intelligunt *l. 2. §. 3. ult. D. de verborum significatione*: itaque Terentius in *Hecyra 2. 1.* operam à culpa separat, teste Donato: qui ait, operam esse, si scientes læserimus; culpam, si nescientes: alteram sceleris, alteram stultitiæ, esse. Sed quid multa? ipse in hunc sensum Ulpianus *l. 3. §. ult. D. de suspectis tutoribus*.

Qui, inquit, ob segnitiam, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam, remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura Noctæ Operum Tomus 1.

abeat.

E re erit, singula Ulpiani verba exponere: quia molesta sunt Studiosis Juris. Primum quid segnitias, nisi animi hebetatio, nisi stupiditas: id est, lata culpa, sive non intelligere quod omnes intelligunt? Hoc sensu segnitiam accepit Justinus *lib. 34. Rex*, inquit, *Syria Antiochus Ptolomeo*, majoris sororis sue filio, *Regi Egypti*, bellum infert, segni admodum & quotidiana luxuria ita marcenti, ut non solum regia majestatis officia intermitteret, verum etiam sensu hominis nimia sagina careret. Non minus clara apud Ulpianum ineptiæ significatio est. nam, ut Isidorus, *lib. 10. Originum*, Ineptus apto contrariusest, quasi inaptus. Et Donatus, in *Auctoribus Latina lingua pag. 1354. Ineptum*, inquit, quod à quovis reprehendi potest. Et *pag. 1357. Ineptum est tantum stultum*. Idem de simplicitate dicam, vel Justiniano teste *l. ult. §. 1. C. Arburium tutela* sequentibus verbis. Neque enim sic homo simplex, imo magis stultus invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiat. Apulejus *Apologia*, simili sensu, *Quæ*, inquit, *ab illis ad ostendendum crimen objecta sunt vana & inepta & simplicia*. Simplicitati jungit Ulpianus rusticitatem: quomodo Ovidius, *Heroid. Epist. 16.*

Ab nimium simplex Helene, ne rustica dicam.

Eam autem rusticitatem cum imperitia à dolo separat Ulpianus *l. 7. §. 4. D. de jurisdictione*. Sed nec inertiam Ulpianus *d. l. 3. §. ult.* à lata culpa distinguit. nam, si Isidoro credimus *d. lib. 10. pag. 1078. Iners sine arte*, & ob hoc ne operis quidem ullius. quin Horatius *lib. 1. Epist. xi. inertiam* pro stultitia dixit sequentibus verbis.

Srenua nos exercet inertia: navibus atque

Quadrigis petimus bene vivere.

Ovidius quoque *lib. 5. Fastorum*. Verba Ovidii.

Venerat in morem populi depascere salus:

Idque diu licuit, pœnaque nulla fuit.

Vindice servabant nullo sua publica vulgus,

Janque in privato pascere inertis erat.

Sed apparet, segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam, Ulpiano *d. l. 3. §. ult.* esse latam culpam: ac proinde, cum ei infamis non habetur tutor, ob segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam, remotus: quid restat, nisi ut infamis ei non habeatur tutor, à tutela ob latam culpam remotus?

8. Ulpiano addam Imp. Justinianum *§. 6. Inst. de suspectis tutoribus*; aut enim me fallit conjectura, aut sensu plane simili, *Suspectus*, inquit, *remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non aequè*. Dolum certe opponit culpæ; ac doli nomine perfidiam, operam, consilium, complectitur; culpæ vero verbo non aliam, quam latam, significat. Atque huic meæ interpretationi quod firmitus certiusve dabo argumentum; quam quod tutor à tutela nusquam in toto Juris Corpore ob levem culpam removetur; cum ne causa quidem sit virum bonum & idoneum ab ea removendi ob errorem levem: sed ob segnitiam, rusticitatem, ineptiam, simplicitatem, inertiam, id est, ob id quod idoneus non est ad administrandum, sive, ut dixi, ob latam culpam, eum à tutela integra existimatione abire, rationis est, & ex Ulpiano mox demonstratum est? Sed & idem Ulpianus in quadam Severi Constitutione quæ est in *l. 2. §. 2. D. Qui petant tutores*, & *l. 2. §. 23. D. Ad Senatusconsultum Tertullianum*, tutores rejeptos exponit, suspectos remotos, vel ob negligentiam vel ignaviam repulso *d. l. 2. §. 41. D. eod. tit.* Id vero indigitat, vel ob dolum malum rejeptos,

rejectiones, vel ob culpam latam. nam, si Nonium audimus, Ignavum & segne, torpidum, effeminatum & sine igni. Festus autem Negligentem exponit, non legentem, neque electum habentem quid debeat facere. Cicero lib. 2. De inveniendis c. 32. Non hanc imprudentiam, aut causam, aut necessitudinem, sed inertiam, negligentiam, fatuitatem nominari oportere. Qualem in Claudio negligentiam observat Suetonius in ejus vita cap. 40. his verbis. Sermonis vero rerumque tantam sapere negligentiam ostendit, ut nec quis, nec inter quos, quove tempore ac loco, verba faceret, scire ac cogitare existimaretur. Eam negligentiam Ulpianus l. 7. §. 2. D. de administratione tutorum vocat, latam negligentiam; & in l. 213. §. ult. D. de verborum significatione, latam culpam: Lata, inquit, culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. Atque hoc si est; (est autem verissimum) probatum est, Justinianum d. §. 6. cum ait, Suspectum remotum, si quidem ob dolum, famosum esse: si ob culpam, non æque, nihil aliud velle: quam tutorem ob dolum remotum, infamem esse; ob culpam latam, non æque: scilicet, quia numquam tutor ob levem culpam removeretur; lata vero culpæ talis cohæret ignorantia, ut dolo careat l. 2. §. 5. D. de doli mali exceptione.

9. Videamus tamen, (inquit) ne hoc falsum sit: nam etsi culpa lata non sit dolum; solet tamen dolo comparari l. 1. §. 1. D. Si mensor falsum modum dixerit, prope dolum esse l. 29. D. Mandati, in doli crimen cadere l. 1. §. 5. D. de obligationibus & actionibus, dolum esse l. 226. D. de verborum significatione. Nec adeo mirari quisquam debet: si Imperator d. §. 6. doli vocabulo cum dolum comprehenderit, tum latam culpam. In primis, cum & Ulpianus hoc faciat in l. 7. §. 1. D. de suspectis tutoribus, & l. 42. D. de verborum significatione.

10. Sed discutio illam nubem; & dico, latam culpam à nostris sub dolo quandoque comprehendendi: non quia est; (nihil enim, si bene ponitur calculus, æque dolo adversatur, quam erroris & stultitiæ suspicio, per Glossam in l. 1. in fine D. de abigeis, & textum in l. 12. §. 2. & 3. D. de liberali causa) sed quia per culpam dolo proximam dolum representatur, auctore Ulpiano in l. 1. §. 2. D. Si is qui testamento liber: hoc est, quia lata culpa præsumptione dolum est; ut bene Viri Clarissimi, Andreas Alciatus ad d. l. 226. D. de verborum significatione, & Johannes Corasius lib. 4. Miscellan. cap. 1. & 2. num. 10. Præsumptione, inquam: dolum enim quia plerumque fit latenter, versuteque, ideo difficilis habetur conjecturæ; &, ut dicit l. 6. Cod. de dolo malo, ex perspicuis indiciis, vel, ut legit alicubi Vir Summus, Jacobus Cujacius, insidiis, sufficienter ostenditur: ne, si certiora & pleniora desideret argumenta, quam ratio aut temporis aut negotii produci patitur, dolum severitatem Juri sola probandi difficultate aut moretur, aut inanem faciat. At quod potest dari commodius machinationis argumentum, quam lata culpax? Solet dici, qualitatem naturalem intelligi unicuique homini naturaliter inesse. Quod si est; quæso, an cui sano homini videbitur non affectata esse ignorantia ejus qui quidem fatetur, se alii nocuisse; sed quia non intellexit id quod omnes homines intelligunt? Non puto, neque aliud velle Jurisconsultos in d. l. 29. D. Mandati d. l. 226. D. de verborum significatione. d. l. 1. §. 5. D. de obligationibus & actionibus l. 3. §. 3. D. de precario, l. 8. D. de edendo. Quamquam, cum conjectura cedat conjecturæ, & præsumptionem quæ levior, vincat gravior præsumptio, haud idem dicendum censeo: si aliunde ap-

pareat de hominis ineptia, sive vitio naturæ, sive sequiore educatione, sive similiter contracta: ut in l. 213. §. fin. D. de verborum significatione. l. 32. D. Depositi. d. l. 1. §. 1. D. Si mensor falsum modum dixerit. l. §. 22. D. de Senatusconsulto Siliano. l. 7. §. 4. D. de jurisdictione. l. 1. §. ult. D. de edendo.

11. Sed quorsum hæc? nimirum, ut pateat, quotiens dolo proxima est nimia negligentia; totiens eam æque ac dolum infamia puniri utroque jure, id est, gentium & civili: quia non minorem, quam dolum, malitiam continet: imo creditur dolum esse, sed ferre speciem ignavia non veram. Atque ita intelligo Ulpianum in d. l. 7. §. 1. D. de suspectis tutoribus; ubi, Si, inquit, fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ipsa prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet. Sensus enim est, Ad remotionem tutoris suspecti non utique necessariam esse probationem fraudis aperte & manifestæ; sed sufficere latam culpam: quæ etsi proprie non sit dolum; tamen ex ea, quasi ex conjectura satis idonea, plerumque dolum ac fraudem colligi. cæterum, si culpa lata nihil habeat præter meram segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem; ut si tutor, verbi gratia, probet, se ad suum modum versatum esse in tutela: (neque enim ipse se decipere, aut sibi nocere quisquam facile præsumitur) putem, magis esse, ut nec jure gentium, nec more civitatis, probum existat: ut supra dixi; & optime disputat Tryphoninus l. ult. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat, & Ulpianus in l. 3. §. ult. & l. 4. D. de suspectis tutoribus.

12. At nimis aperte adversatur Ulpianus in d. l. 42. D. de verborum significatione; cum, Enimvero, inquit, tutela damnari hoc non natura probum est, sed more civitatis. Nec enim natura probum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere. Falleris. non adversatur Ulpianus; sed manus Interpretis: qui cum videret, furtum atque adulterium appellati probra jure naturali turpia, ab iisque tutelam separari; deducto à contrario sensu argumento, docuit, eam non natura quidem notari, sed tamen more civitatis infamiam non effugere: quasi probro dupliciter diviso, in illud, quod civili, quodque naturali, jure probum est, tutelæ condemnari faceret posterioris membri exemplum, cum non esset prioris. Ergo Glossam tolle; & sana ac tranquilla erit mens Jurisconsulti: tolletur autem haud improbabili modo.

Probrum & opprobrium idem est: probra quadam natura turpia sunt, quadam civiliter & quasi more civitatis, ut puta furtum, adulterium natura turpe est. Enimvero tutela damnari, hoc non natura probum est.

* *Nec enim natura probum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.*

Nihil dici neque tam aptè, neque tam convenienter Ulpiano, potest. Probrum bifariam dividit; sed, quod novum non est in istis Pandectarum Fragmentis, divisioni unius dumtaxat speciei exemplum subjicit, non utriusque: sensus vero est, Probra quadam natura turpia sunt, quadam civiliter & quasi more civitatis; ut puta furtum & adulterium natura turpe est: hoc est, natura semper turpe est; quia nisi dolum adsit, nec furtum, nec adulterium, dici potest: teste Ulpiano in l. 51. D. Pro socio, Gajo in l. pen. D. Ad legem Juliam de adulteriis, & Augustino apud Gratianum in c. si virgo. 34. quæst. 1. sed tutelæ damnari non natura probum est: nec enim natura probum est, quod potest

* Sed more civitatis.

poreft etiam in hominem idoneum incidere : hoc eft, tutelæ damnari non femper natura probrum eft: nam tutor tutelæ non utique ob dolum feu perfidiam, fed etiam ob culpam, ob ignorantiam, ob segnitiam, ruficitatemque, naturalem damnatur : quæ natura probrum non eft; cum plerumque incidat in hominem idoneum : id eft, ut Paulus loquitur in l. 4. *D. de popularibus actionibus*, in perfonam integram, five in perfonam integræ exiftimationis. nam & Pomponius hoc fenfu ait in l. 112. §. 1. *D. de verborum obligationibus*, reum idoneum non tam patrimonio, quam fide quoque, æftimari; & Javolenus in l. ult. *D. de tabulis exhibendis*, de tabulis exhibendis interdictum competere non oportere, fi hereditatis controverfia ex his pendet, fed in æde facra interim deponendas effe, aut ad virum idoneum. Ita mihi videtur, & noviter. Aliter de hisce Jacobus Cujacius, Albericus Gentilis & Johannes Gæddeus ad d. l. 42. item Antonius Contius & Jacobus Gothofredus ad l. 23. *D. de regulis juris*, Francifcus Duarenus ad tit. *Pandeft. de in liem jurando*, num. 35. Francifcus Hotmanus, Arnoldus Vinnius, alii ad d. §. 6. *Inf. de fufpectis tutoribus*.

13. Plane ante, quam hinc difcedam, adhuc monendum eft, ne fortaffe paulo durior videatur conjectura noftra, nihil æque familiare effe plerifque fcriptoribus, quam uti locutionibus quæ multo fint, quameas effe oportet, latiores: nec tamen ufquam facilius labi etiam fummos Interpretes: quam cum incidunt in ejufmodi verba quæ adhibita moderatione, five, ut vulgo dicitur, potius fecundum quid funt capienda, quam simpliciter.

14. Ex hoc genere adfcribam locum unum atque alterum; tum, quia præfenti speciei, itemque capiti primo hujus libri, videntur infervire; tum etiam, quia habent fententiam, omnibus non æque perfpicuam. Divus Paulus in *Epiftola ad Hebræos cap. 7. §. 3.* de Melchifedeco loquens, ait, cum fuiſſe fine patre, fine matre, fine genere, nec initium dierum, neque vitæ finem habentem. Quid ita? tantum quia Moſes, Vir Divinus, cum de Melchifedeco loqueretur, nec ante, nec poſtea, parentum ejus nomina adſcripſit. Ea eſt Veterum Interpretum frequentior ſententia: quæ licet aliis vix ſapiat; mihi tamen cur diſpliceat, non ſatis liquet: ubi de iis quæ non apparent, ita fere ſolet judicari, ac ſi non eſſent: ut Javolenus meminit in l. 77. *D. de contrahenda emptione*. In primis vero ſentio, ab ea loquendi ratione ne Senecam quidem abſtinuiſſe in *Epiftola ad Lucilium* 108. ubi ſic inſit. *Cum ad hanc eandem lectionem philologus acceſſit, hoc ſubnotat, duos Romanos reges fuiſſe, quorum alter patrem non habet, alter matrem. Nam de Servio matre dubitatur, Anci pater nullus, Numa nepos dicitur.* Adverte. negat Seneca, alterum patrem, alterum matrem, habuiſſe: non quia non habuerit; ſed quia ignorantur, literis non prodiſſi. Sed & idem Seneca l. 1. *Natural. queſtion. cap. 1. Quid ſi dicam* (inquit) *ſtellas interdum non eſſe, quia non apparent? Quemadmodum illa latent, & ſolis fulgo-*

re obumbrantur: ſi faces quoque tranſcurrunt, etiam interdum, ſed abſcondit eas diurni luminis claritas.

15. Exemplum hoc unum eſt: ſequitur alterum. Modestiſtus in l. 7. *D. de teſtibus* ait, *Servi reſponſo tunc credendum eſſe, cum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt.* Ac convenienter Modestiſtino Paulus in l. 7. *D. de probationibus*. Cum probatio prioris fugæ deſicit, ſervi quaſtioni credendum eſſe. Quin imo apud Marcianum legitur in l. 9. *D. de quaſtionibus*. *Divum Pium reſcripſiſſe, poſſe de ſervis haberi quaſtione in pecuniaria cauſa, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, quod & aliis Reſcriptis caveri.* Sed hoc ita eſſe, ut non facile in re pecuniaria quaſtio habeatur; ſed ſi aliter veritas inveniri non poſſit, niſi per tormenta, licere habere quaſtione, ut & Divus Severus reſcripſit. At è contrario ſcribit Ulpianus in l. 1. *D. eod. tit.* *Non eſſe à tormentis incipiendum, & Divum Auguſtum conſtituiſſe, neque adeo fidem quaſtioni adhibendam eſſe.* Præterea, *epiſtola Divi Hadriani ad Sennium Sabinum contineri, Ad tormenta ſervorum ita demum veniri oportere, cum ſuſpectus eſt reus, & alius argumentis ita probationi admoveatur, ut ſola confeſſio ſervorum de eſſe videatur.* Idemque Paulus confirmat in l. 20. *D. eod. tit.* in tantum, ut à tormentis incipi putet, ſi ex unius teſtimonio habeatur quaſtio: additque, decreto Imperatoris ex facto pronuntiatum eſſe, ejufmodi quaſtione illicite habitam, & unius teſtimonio non eſſe credendum. Sed & Diocletianus & Maximinianus reſcribunt in l. 8. §. 1. *Cod. dict. tit.* *Oportere judices nec in his criminibus: quæ publicorum judiciorum ſunt, ad inveſtigationem veritatis à tormentis initium ſumere: ſed argumentis primum veriſimilibus probabilibusque utili, & ſi his veluti certis indiciis ducti, inveſtiganda veritatis gratia ad tormenta putaverint eſſe veniendum, tunc id demum facere debere, ſi perſonarum conditio patiatur.* Quid ergo? dicitur in ſuperioribus locis deficere probatio: non quæ penitus nulla eſt; ſed quæ collata cum pleniore, pro nulla habetur: tantum quod ſola ad condemnationem non ſufficit; licet alioquin idonea ſit ad quaſtione. idque, puto, eſt quod idem Paulus dicit in l. 58. §. fin. *D. de Adilitio edicto*, *Si & alia indicia prioris fugæ non deſiciunt, tunc etiam ſervi reſponſo credendum eſſe.* Nam ſenſus eſt, plena probatione deficiente, indiciis veriſimilibus & veluti certis non deficientebus, etiam eſſe ſervi reſponſo credendum, & de eo quaſtione haberi poſſe. non enim eſſe ſervo homini teſtimonii dictionem ſine tormentis, etiam Terentius monuit in *Phormione*; & traditur in l. 4. *Cod. de ſervis fugitivis*. Plutarchus quoque in *Queſtionibus Romanis*, quaerens, cur Flamini Diali non liceat jurare, hanc adfert cauſam, quia juſjurandum eſt liberorum tormentum, ſacerdotis autem & animum & corpus torturæ expers eſſe oportet. Idque Cujacio, Viro Clariffimo, ſuboluit ad *Paulum lib. 2. Sententiarum tit. 17.* qui tamen rursus diſſentit *lib. 2. Obſerv. c. 32. & lib. 20. c. 28.* ut & Samuel Petitus: qui eam ſeditionem nova interpunctione componendam eſſe, exiſtimat ad *leg. Attic. lib. 4. tit. 7. pag. 352.*

FINIS LIBRI I.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
PROBABILIUM
JURIS CIVILIS
LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

1. *Beneficium divisionis fidejussoribus per exceptionem permitti. Eam exceptionem à Pratore postulandam esse in jure. Si illic omissa sit, deinde in judicio coram Judice frustra opponi.* 2. *Rescriptum Imperatoris Alexandri, quod est in l. 10. C. de fidejussoribus & mandatoribus, emendatur noviter duobus locis.*

Auctor Justinianus est §. 4. *Inst. de fidejussoribus*, si plures fidejussores sint: quotquot erunt numero, singulos in solidum teneri, itaque liberum creditori esse, à quo velit, solidum petere: sed ex Epistola Divi Hadriani compelli creditorem, à singulis qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Hujus vero rei rationem ego hanc esse semper existimavi, quod ea obligatio exceptione, non ipso jure, inter plures fidejussores dividitur l. 26. l. 28. *D. eod. tit.* solet autem exceptio postulari in jure à Pratore; ab eoque formulæ litis contestatæ tempore inseri: quo facto, in judicio & probari à reo, & admitti à Judice, potest: quod si in jure petita à Pratore non sit, deinde post litem contestatam apud Judicem objici non potest: propter naturam fidejussionis quæ stricti juris est: stipulatione enim constat; ex quasi agitur, Judicem formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit. teste Seneca, *De beneficiis lib. 3. cap. 7.* denique ait Cicero, *lib. 2. De inventione*, in jure plerumque & exceptiones postulari, & quodammodo agendi potestatem dari, & omnem conceptionem privatorum judiciorum constitui.

2. Hoc liquidum & verum. Sed unus turbat Imperator, Alexander, l. 10. *C. de fidejussoribus & mandatoribus*. Verba Alexandri.

Fidejussor, seu mandator, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur; sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Ea est editorum librorum constans lectio: vult autem, nisi fallor, necesse non esse, ut exceptio divisionis ante litem contestatam impetretur: nam & in jure omissam, deinde in judicio coram Judice utque ad sententiam recte atque ordine postulari. Quod mirum est nisi moribus Veterum tam repugnet, quam quod maxime: & ideo hanc domi me-

cum feci conjecturam, mendam latere eo in loco: esse enim pro *condemnationem* literis totidem legendum *contestationem*; itaque Alexandrum scripsisse: sed quemadmodum evenit in l. 51. §. 1. *D. de fidejussoribus*, ut illic exemplaria quædam, omissio verbo *contestationis*, tantum facerent mentionem *litis*; cum utrumque & *litis* & *contestationis*, si Accursianæ credimus editioni, Papinianus expressisset: sic versa vice evenisse in d. l. 10. §. 1. quod ibi à manuscripto codice abesset vocabulum *litis*; & adeo pro *ante litis contestationem* haberetur *ante contestationem*: ut Librarius verbum istud, quasi alienum à loquendi usu, commutaret in *condemnationem*: tum porro Glossator aliquis, quia hærebat ei scrupulus ex sequiore scriptura, nec causa mali in promptu erat, eo malo defungi sibi videretur per explicationem verbi *fidejussor*, eamque ob rem ad marginem adjiceret, *seu mandator*: perinde quasi Imperatori sermo esset, non de fidejussore proprie dicto, qui tenetur judicio stricti juris; sed de mandatore qui tenetur judicio bonæ fidei; & quia exceptiones bonæ fidei judiciis intunt l. 3. *D. de rescindenda venditione*, l. 84. §. 4. *D. de legatis lib. 1. l. 21. D. Soluta matrimonio*; idcirco eas in his à Pratore in jure specialiter impetrari & permitti nihil attineret; quin (ut Seneca ait d. lib. 3. c. 7.) arbitri libera & nullis adstricta vinculis religio & detrahare aliquid posset & adjicere; & sententiæ suam, non prout lex aut justitia, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere. Sed id etsi verum sit: qui tamen huic respondeat loco; equidem vix possum ad conjecturam evadere: distat enim fidejussor à mandatore toto cælo l. 32. *D. Mandati*: etsi in quibusdam speciebus comparentur l. 10. *C. eod. tit.* & l. 19. *C. de fidejussoribus*, certe verbum de mandatore nullum in §. 1. d. l. 10. *C. eod. tit.* tantum agitur de eo, qui cum alio fidejussit, probabile igitur est, idem factum esse in principio; ubi occæpta primum est species quæ deinde continuata in §. 1. His accedit, quod pars hæc principii, *si in usuras quoque obligatus est*, sapit stipulationem, qua usuræ in judiciis stricti juris specialiter promitti consuevere: at eæ usuræ in

man-

mandato & cæteris bonæ fidei judiciis ex mora debentur officio Judicis; tum generaliter, quotiens is ex æquo ac bono arbitratur *l. 12. §. 9. Mandati*. Adeo, sicut aliud est, usuras officio Judicis; aliud, usuras ex obligatione, deberi *l. 54. D. Locati conducti*: ita prope abest, ut hæc verba, *si in usuras quoque obligatus est*, ad fidejussorem spectent: ista autem (*seu mandator*) pro spuris vel dispungenda sint, vel rejicienda in marginem ex qua in textum nullo jure irrepsert. Sic mihi sedet: sed ne aliis quandoque relinquatur occasio dubitandi: hoc agam, addam alia paucula quæ habent causam juvandæ conjecturæ nostræ haud levem. In quibus hoc primum est, quod Imperator hic utitur verbo *postulari*: Ut, inquit, *dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante litis contestationem* (sic lego, vel, *ante contestationem*, ut in *l. 10. C. de acquirenda possessione*) *ex ordine postulari solet*. Postulare autem est, ut Ulpianus refert, desiderium suum vel amici sui in jure coram eo qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere *l. 1. §. 1. D. de postulando. l. 4. §. 8. D. de damno infecto*. Deinde ait Imperator, *postulari ex ordine solere*: nec dubito, quin designetur certissimus judiciorum ordo quem supra ostendi velle, ut exceptio in judiciis stricti juris à Præatore nominatim impetretur, & formulæ inferatur: formulam vero simul cum Judice, ante litem contestatam, peti & dari consuevisse, notius est, quam ut probatione indigeat. Quamobrem censui, ni fallor, recte; pro condemnationem restituendum esse, *contestationem litis*, verbum idoneum valde in hac parte & prope assiduum. Id, ne alia adscribam, uno saltem loco demonstrasse contentus ero: qui locus in Accursii exemplari cujus ante mentionem feci, sic habet. *Fidejussor, qui partem pecunie suo nomine vel rei promittendi solvit, quo minus residui facta divisione portionis judicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis contestata tempore singuli debent: sed humanius est, si & alter solvendo sit, litis contestationis tempore per exceptionem ei, qui solvit, succurri. l. 51. §. 1. D. de fidejussoribus.*

Exposui meam conjecturam de scriptura Imperatoris, Alexandri, in *d. l. 10.* Sed an necessariam? possit ambigi, propter *l. 4. C. de exceptionibus*: quæ est ejusdem Alexandri; neque videtur habere sensum illi, sed inemendatæ, dissimilem in sequentibus verbis. *Cum nondum finitam sententia causam, sed dilatatam allegetis, non est dubium omnes integras defensiones vobis esse.* Verum dicam, Alexandrum eo in loco rescriptisse ad factum, in quo erat judicium bonæ fidei: cui exceptiones insunt, etsi à Præatore specialiter non sint impetratæ. Utique nolim; eum locum referri ad actionem stricti juris: nisi in ea ponatur exceptio à Præatore ante postulata & impetrata esse: quo casu constat, eam reo etiam in stricti juris judiciis integram esse usque ad sententiam. Quid, si idem fingatur in specie *d. l. 10. §. 1*? velim, si possim bona fide, ne habeam opus emendatione, sed intercedit loci tenor: qui est de exceptionis sive divisionis postulatione, ut ex verbis ejus apparet: cum sermo *d. l. 4.* sit de postulata & impetrata exceptionis usu: inter quæ plurima differentia est, postulat enim exceptio in jure apud Præatorem ante litem contestatam: at postulata & impetrata in jure apud Præatorem, deinde post litem contestatam usque ad sententiam usum invenit apud Judicem à Præatore datum. Ita obtinuit tempore Imperatoris Alexandri cujus est utraque allegata lex: etiam tempore Imperatorum Diocletiani ac Maximiani: quamquam hoc cœperint Præsides ipsi per te cognoscere, nisi multitudine litium negotiorumve impedirentur *l. 2. C. de pedaneis judicibus*: quantum enim ad exceptiones aut contestandas aut opponendas attinet, adhuc nihil mutatum fuit; ut liquet ex *l. 8. & 9. C. de exceptionibus*: ac proinde non erravero, si similiter acceperim *l. 2. C. Sententiam rescindi non posse*: quæ est eorumdem Imperatorum; & præterea rem definit auctoritate Edicti perpetui quo hæc, quæ dixi, certissima fuere. Sed de his plura *lib. 1. De jurisdictione & imperio*

cap. ult.

C A P U T II.

1. Si jurisconsultus in responsis suis ac commentariis diversa præcipiat, utrum respondentem habenda fides sit, an docenti? 2. Et quid in antiquis auctoribus? Scævola in *l. 14. D. de transactionibus* non videri servasse omnino laudem ingenuitatis: inaudita hætenus sententia. 3. Species & definitio *l. 3. D. eod. tit.* 4. Aliorum ad Scævola placita: in quibus primum Accursii, Cujacio & Baroni probatum, refellitur. 5. Accursii altera sententia, quæ & Udalrici Zasii est, rejicitur. 6. Accursii tertia conjectura, item Antonii Fabri, infirmatur.

1. **P**ostquam usu venit, ut qui populi Romani, aliarumve gentium, leges moresve interpretati sunt, sæpe alia, quam in commentariis suis tradiderant, consulentibus de jure responderent: quæri cœpit, utrum potius eorum responsis, an commentariis, credendum foret? Et placuit Nicolao Boërio, *Decis. 155.* responsis fidem adhibere, velut maturioribus, & magis digestis, atque expensis. Udalricus autem Zasius *lib. 1. Singular. respons. c. 7. n. xi.* alique passim in contrariam partem abierunt: neque, ut mihi videtur, temere:

est enim experiundo compertum, ista consilia sæpe sordibus, sæpe gratiæ, dari: tum omnes qui momenta æqui bonique regunt, ab his alienos esse oportet: haud enim facile mens verum sequitur; cum illa præcipiunt; neque quisquam libidini simul & usui servit: ubi animum intenderis, is abunde potens est; si libido solvit, ea imperat, animus obnoxius est. Igitur multi olim hodieque, dum eos modestiæ æquitarisque prius, quam gratiæ atque amicitiae, negligentia tenuit, prope consiliis suis perdiderunt, quam commentariis invenerunt,

nerunt, gloriam, saltem fama essent apud posteros secundiorum; si tantum ipsorum commentaria, non item responsa, haberemus; si & hisce utendum esset, anquisitus circumspectiusque egissent eorum amici, cum ea publici juris facerent; nam postquam illi, auctoris deliniti celebritate ac nomine, id sedulo caverunt, ne post ejus mortem vel tantillum interiret; sæpe operam dedere, ut in lucem proderent, quæ honestius delituisse, quam fuissent edita.

2. Hoc in Interpretibus primi ordinis ab Alciano notatum est libere lib. 12. Pareg. c. 12. idem ego si in antiquis Juris auctoribus experiar; fortasse verear, ne multis gravis sim, paucis persuadeam; sunt enim eo ingenio multi, ut antiquitatis etiam vitia, non tantum recte facta, venerentur: quorum alterum mihi dignum bono atque ingenuo viro, alterum sordidum atque illiberale, videtur. Tamen utcumque erit, juvabit me, vel in hac parte Civili Prudentiæ adfuisse; & si cui senio sit, etiam Veteres in ordinem redigi, opinione defuncti muneris me defendam. Res est præterea, quæ & conditionis humanæ comparatione, & Veterum præceptis ac disputationibus de officiorum justitiæque exultatione apud A. Gellium lib. 1. Noctium Atticarum c. 3. tum autem Scævola responso quodam, adstruatur: in quo peccatum ejus Jureconsulti tam manifestum est; ut mirer, id eruditorum observationem usque adhuc post tot sæcula effugere. Verba Scævola ex libro secundo Responsorum Florentiæ forma hac sunt l. 14. D. de transactionibus.

Controversia inter legitimum & scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est: quæro creditores quem convenire possunt? Respondi, si iidem creditores essent: qui transactionem fecissent. Si alii creditores essent: propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.

Sic Florentiæ: sed defunt quædam perfectio Responsi sensui: quæ in Accursii & Haloandri editionibus hoc fere suppleantur modo.

Respondi, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de ære alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.

Non male: quamquam non dubito, quin prior scriptura quæ Florentina est, ipsius Scævola sit: idque ut putem, movet me in primis ejus locutio æque imperfecta, ac mutila, ne dicam, absurda, atque ex subjecta responsione demum conjicienda in l. 29. §. 12. D. de liberis & posthumis. Sed in præsentiarum me non tam ratio scripturæ, quam responsi, sollicitum habet, species enim de qua Scævola consultitur, si ad verum exigitur, neque difficilis, neque obscura est. Proponitur Titius, testamento facto, decessisse: deinde controversia super eo orta inter legitimum & scriptum heredem, ab hac controversia recessum rursus: ea lege, ut utrique jus esset partis ex hereditate auferendæ. Quæritur, quem creditores convenire debeant, utrum heredem scriptum, an legitimum, an utrumque? hæc species ac quæstio. Ad hanc ita Scævola, Aut sunt iidem creditores qui transactionem fecerunt, aut sunt alii, si iidem creditores sunt; id observandum est de ære alieno, quod inter eos convenit, si alii creditores sunt; conve-

niendi ambo sunt pro parte hereditatis, sed utilibus, non directis actionibus. Hæc Scævola: mihi alia mens est, ille mihi præfatus videtur de incerto successionis, atque ea causa ad actiones utiles decurrisse, quasi ex æquo & bono, res autem suadet, eum qui testamento scriptus est, heredem esse, & creditoribus teneri directis actionibus: idque & Græcus Scholiastes lib. xi. Basilic. tit. 2. p. 807. tom. 1. ad hunc locum verissime annotavit, quippe heres scriptus ante, quam decidit, hereditatem adiit, alioquin qui ei controversia fuit cum herede legitimo? Sed id constat, illum pro herede gessisse vel ante pactum, iste etiam cum in transactione faceret se legitimum, licet perperam, illum tamen pro parte heredem esse & passus facile est & confessus, at primum is, qui semel heres fuit, deinde non potuit hanc personam deponere l. 88. D. de heredibus instituendis. Imo et si hereditatem in jure cedat, tamen heredem permanere, & ob id creditoribus defuncti obligarum manere, Ulpianus refert in Fragment. tit. 19. qui igitur hic pactum nudum sine lege hereditatem transferat pro parte? nempe, quod civile jus non mutat, id gentium jure mutabitur? haud ita est: neque pacto rescinditur testamentum, nec hereditas defertur, nec amittitur l. ult. D. de suis & legitimis heredibus. §. 6. Inst. per quas personas cuique acquiritur, his adde, quod quamdiu aut heres est, aut futurus speratur ex defuncti voluntate, tamdiu legitimus non admittitur l. 89. D. de regulis juris, non patitur etiam Jus nostrum, eundem in paganis & testatum & intestatum decessisse l. 7. D. eod. tit. Atque hæc quo magis considero, eo magis censeo, Scævola non ex animi sui sententia respondisse: sed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, à jure certo longius quam oporteret, recessisse. quod si enim alter testamento heres in assem factus est, & transactione talis neque ex asse, neque pro parte, esse desiit; alter contra nec ex lege quivit pro herede gerere, impediens testamento, nec transactione succedere, deficiente jure: equidem non satis animadverto, qui hic obscura sit successio; aut in quæstione cuiquam, legitimus nec creditores, an scriptum, an utrumque, & quibus actionibus convenire debeant: nisi is sit fortasse tam ineptus, ut nesciat, heredem in omne jus mortui, non tantum in singularum rerum dominium, succedere. Nam quid dicam, creditorum petitionem debitorum pactionibus nec tolli posse, nec mutari l. 25. C. de pactis? divisa tamen actione, hoc esse consequens sententiæ Scævola, æquis ambigit? finge enim, qui ex lege venit, cum inopem esse; finge eo, qui ex testamento venit, potentiorum: nonne actio illic pro parte inanis fiet ob egestatem adversarii; istic durior propter potentiam? jam, ut par sit utriusque conditio, nonne inique distringetur in plures adversarios is, qui ab uno consequi jus suum & melius possit & facilius? sane sic esse, vel ipse Scævola fatetur.

3. Sed ubi iudicio usus ingenuo est aut minus obnoxio; libro Digestorum primo sic scribens in l. 3. D. de transactionibus.

Imperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est, non ladi jus caterorum. Quare transactione, quæ inter heredem & matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones sue ademptæ. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem

convenire debent, qui in transactione hereditatis, aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut, si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.

Hæc verba Scævola: species illa est. Titius testamentum facit: in eo, præterita matre, heredem Sejum instituit: præterea legata aliquot amicis honoris causa, & libertatem servis bene de se meritis relinquit, mortuo deinde Titio, adit Sejus hereditatem ex testamento. queritur mater, se immentem à filio præteritam contra officium pietatis. Sejus dum aut negotia metuit, aut injustæ diffidit liti: portione hereditatis cum defuncti matre decidit. legatarii dehinc, quæ eis testamento data legata sunt, ea à Sejo petunt. An jure? quæritur: quia facta transactio; tum quædam ex ea res ad testatoris venerunt matrem. Hæc quæstio: ad hanc Antoninus ac Verus, cum iisque Scævola, ferme hoc modo. Bene habet, cum legata à Sejo qui heres scriptus est, exiguntur: absque enim transactione querelaque foret, testamento teneretur, sed & sequuta querela, quid ni idem jus sit? an enim quia lis fuit de jure testamenti, ac litem pactio excepit, eo etiam jus voluntasque testatoris perit? at tum, hercle, si contra testamentum, ut inofficiosum, judicatur, non creditur defunctus, testamenti factionem habuisse, non idem probandum est, cum actor desistit, acceptave parte componit. Adjice his, quod privata conventio etsi paciscentibus noceat, alios tamen ut lædat, neque æquum est, neque justum: & ideo scripti heredis matrisque transactione neque rescissum testamentum est, neque manumissis vel legatariis actiones suæ ademptæ sunt. At enim amissa est pars bonorum. Quid tum? alia hereditas est, alia bona hereditaria, his corpora singula designantur; illa universitas venit etiam sine corporibus, ista oculis incurrunt & sub tactum cadunt; illa animo cernitur, tangi manu non potest *t. t. Inst. de rebus corporalibus*. postremo quæ heres tenet, quæ habet, quæ possidet, hæc auferre ei & fortuna & injuria potest, ipsius quoque voluntate alienantur; hereditas vero, etiam traditis his amissisve, durat & heredem sequitur *l. 43. §. 3. D. de vulgari ac pupillari substitutione*. Nec mirum igitur; si is, licet rebus hereditatis cum eam, tum testamentum, redemerit, tamen legatariis ac manumissis teneatur. Quid, si in transactione passus sit, sibi caveri pro oneribus hereditariis? adhuc idem dicendum est, sed hoc amplius, quod is matrem suo ordine repetet exemplo emptæ venditæque hereditatis, de qua in *l. 2. C. de hereditate vel actione vendita*. Quid, si non cavit sibi? jam habet, quod sibi imputet, quando negligentiam suam ad alienam injuriam referre non debet. Ita Scævola *d. l. 3. cum eoque etiam paria facit Ulpianus l. 29. §. 2. D. de inofficioso testamento*, sic scribens.

Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet, & ideo data in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

Igitur non est causa, cur insolens videatur cuiquam, quod & auctoritate Juris convictus, & testimonio Ulpiani ac Scævola, ipsum suspicor Scævola in *d. l. 14.* ex certa incertam fecisse successionem: gratiæ ut locum daret; atque amicum ex Theophrasti, Ciceronis, atque aliorum, præceptis istis de quibus A. Gellius *d. cap. 3. lib. 1.* imaginaria ambiguitate juvaret; quem serva-

re; salvo jure, salvisque legibus, non posset.

4. Tamen si quis sit studiosior, quam par est, Scævola; ejus honoris causa hic aliorum quoque placita apponam: qui experiatur, si quid in his aut verius sit, aut componendæ seditioni aptius. Et plura Accursius adfert in *Glossa ad d. l. 14. in verb. pro parte hereditatis*, ex quibus alii alia & sumunt & probant. Ex his unum est, Scævola de legatariis differere in *d. l. 3. de creditoribus in d. l. 14.* aliud autem legatariorum, aliud creditorum, jus esse: quippe legata testamento deberi, ab intestato non deberi: ea gratia legatarios in incerto successionis cum herede scripto experiri recte atque ordine; cum legitimo non æque, ita quidem in legatis jus esse; sed aliud in ære alieno non obtinere: nam hoc tam heredem legitimum debere, quam scriptum: & ideo creditores magis adversus utrumque utilibus actionibus, quam in solidum adversus alterum, congregari. Placitum id Accursii unum: sequuti Summi Viri, Jacobus Cujacius & Eguinarius Baro in *comment. ad d. l. 3.* sed quam recte, vix opus est, ut pluribus memorem: primum, quia testamentum constat valetque etiam illa in specie; & hoc illi fatentur qui aliter sentiunt: deinde certa successio est, haud incerta, nisi fortasse his quibus incerta omnia: præterea etsi creditoribus tum, cum intestati causa est, agendi jus sit adversus legitimos heredes; nil tamen id ad speciem *d. l. 14.* in qua ex testamento succeditur, non ex lege. Sed profligata est Accursii prima sententia.

5. Quid altera? aut esse partem hereditatis ad heredem legitimum translata, aut partem bonorum: si ista, teneri heredem scriptum ex *d. l. 3.* si illa, utrumque ex *d. l. 14.* Sententia hæc altera: huic Zasius adstipulatur, *Paratit. ad tit. P. de transactionibus, n. 14.* Ego vero in ea cum Accursii, tum Zassii, judicium quæro: aberrat enim à decretis Veterum: qui hereditatem publico censebant jure; id est, testamento, aut lege: non pactis conventis. Accedit ad hoc, quod Veteres eum qui semel heres fuit, etiam amissis traditisve bonis hereditariis, heredem esse intelligebant: in tantum, ut, licet vel quædam, vel omnia, bona transactione dimisisset ex hereditate, tamen eum neque hereditatem, neque ejus partem, aut alienasse aut dimisisse existimarent. Ne repetam omnia quæ supra ad id probandum attuli, tantum lubet hic adscribere Ulpiani Fragmentum elegans ex *tit. 19.* cujus verba talia sunt. *Si hereditas, posteaquam adita est, in jure cessa est, eum, à quo cessa est*, (ut Cujacius ibidem legit, vel, ut Antonius Faber mavult *part. 3. De erroribus Pragmaticorum, decad. 70. c. x. eum qui cessit*) permanere heredem, & ob id creditoribus defuncti manere obligatum: debita vero perire, id est, debuitores liberari. En, si non corpora seu bona hereditatis, sed si hereditas in jure cessa sit, sive hanc transactio præcesserit, sive alia causa, eum qui cessit, & heredem manere, & creditoribus teneri, sit igitur idem in specie *d. l. 14.* id est, in conventionem juris gentium; ad quam ea vis civilis legitimique juris non penetravit.

6. Sequitur tertia Accursii conjectura, quæ & ipsi visa est subtilior, & Antonio Fabro in *Rationalib. ad d. l. 14.* magis placet, quid ea? definitionem *d. l. 3.* probat tum, ubi valet testamentum, nec potest aliter rescindi, quam querela, quid, si id factum, ipso jure irritum, sit? jam putat, referre: utrum transactione sit profecta res certa, an portio hereditatis;

tatis; altero casu oportere heredem scriptum, altero utrumque, conveniri: suadente incerto successione in *d. l. 14*. At mihi nec ista conjectura arridet: nam quum in *d. l.* simpliciter scribat Scævola, controversiam inter legitimum & scriptum heredem fuisse ortam; eamque transactione certa lege facta esse finitam: quæso, quæ est causa, cur ea in specie minus validum, quam inutile aut falsum, fuisse testamentum, conjiciam? His adde, quod nulla est transactio rei certæ atque indubitata: tantum interponitur de re dubia ac lite incerta, neque fini-

ta *l. 1. D. de transactionibus*: ac proinde, utrum ab initio nullum aut falsum fuerit testamentum, an ex postfacto demum querela rescindendum, quid interest? qualecumque enim fuerit vitium de quo transactum sit, pro incerto fuit. at quæ incerta sunt, nec apparent satis, ea perinde habentur, ac si non essent: ut commodè atque eleganter notavit Udalricus Zasius, V. CL. in *d. n. 14*.

& supra à nobis probatum latius *lib. 1. cap. ult.*
ad finem.

C A P U T III.

1. *Paulum l. 1. D. de usu & usufructu legato primum Sabinis sententiam, deinde suam, proponere. Illa quæ? 2. Verba, Neque ex bonis, neque extra bona. 3. Pauli Nota ad Sabinum. 4. Ejus Notæ causa ac ratio.*

1. **V**erba Pauli ex libro tertio ad Sabinum in *l. 1. D. de usu & usufructu legato*.

Nec usus, nec usufructus itineris, actus, via, aqueductus legari potest; quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, usufructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit: sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet, & ut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius, vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Quæstio est, possitne itineris, actus, viæ, aquæve ductus, usus vel usufructus legari? In ea Paulus Sabinis sententiam (sic enim colligo ex Inscriptione: quæ Pauli librum tertium *Ad Sabinum* præfert) primum & proponit & fulcit, deinde in Notis refellit. Ea sententia est, Servitutis usum aut fructum inutiliter legari, quæso, quamobrem? Quia servitus servitutis esse non potest, prohibente regula. Hæc causa: huic subjicitur Sabinis objectio, solutioque, sensus objectionis est, Senatus voluit, omnium quæ in bonis sunt, usum fructum legari: igitur & itineris & actus & viæ & aqueductus: est enim & iter & via & aqueductus in bonis. Illa objectio. Solutio talis est, Senatus cavet de omnibus quæ in bonis sunt: at id neque in bonis est, neque extra bona.

3. Quid istud; dicam tibi, si ante demonstravero, apud Veteres fuisse qui res incorporales magis his quæ non sunt, quam quæ sunt, accenserent: quo in numero Ciceronem fuisse arbitror; cum in *Topicis* sic scribit. *Definitionum duo sunt genera prima. Unum earum rerum, quæ sunt, alterum earum rerum, quæ intelliguntur. Esse ea dico, quæ cerni, tangi possunt, ut fundum, ades, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, supellectilem, penus, & cætera. Non esse rursus ea dico, quæ tangi, demonstrari non possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus; est tamen quædam conformatio insignita, & impressa intelligentia, quam notionem voco.* Hactenus Cicero: in quo id monebo eruditos, ut videant, ne vox illa *stillicidium*, qua voce servitus urbani prædii indigitari solet, locum mutaverit, & ad id genus rerum quæ non sunt, quam quæ sunt, referatur rectius. Nisi fortasse quis *stillicidium* malit interpretari, tecti partem

quæ antè prominet, & guttas aquæ pluvie deducit, quo sensu à Vitruvio accipi, ejus Interpres observavit, *Lexico Vitruviano*, in verbo *stillicidium*, Boethius quoque ad *Topica Ciceronis* inter res corporales *stillicidium* enumerat. Sed id alii viderint: mihi enim sufficit, Ciceronem res incorporales his quæ non sunt, annumerasse. Itaque, ut ad id quod promisi, redeam, quid sibi velit Sabinus illud, Servitutem neque in bonis, neque extra bona esse; putem, perinde accipi posse, ac si sic diceret: Servitus est ex his, quæ non sunt, & ideo ad Senatusconsultum non pertinet, ut quasi in bonis sit, ita usum fructum recipiat. Hoc Livio, licet, credas: agens enim *lib. 30. c. 37. de legibus* quibusdam à Scipione datis paci Carthaginensi, refert, fuisse in his conventum sensu consimili, bellum *neve in Africa neve extra Africam*, in jussu populi Romani gererent, pro nusquam. Contra Seneca *lib. 1. Quæstion. natural.* Deum, inquit, opus suum & extra & intus tenere: significans, Deum (ut utar verbis Minucii Felicis in *Octavio*) ubique operi suo & proximum & infusum esse. Verba Senecæ. *Quid est Deus? Quod vides totum, & quod non vides totum. Sic demum magnitudo sua illi redditur, quia nihil majus excogitari potest, si solus est omnia, opus suum & extra & intus tenet.* Unde apparet, ejus solutionis, Servitus neque in bonis, neque extra bona est, quis qualisque sensus sit. Possis eam & sic interpretari: Servitus non est in bonis; quia jus est, substantiam vero naturaliter non habet, neque accidentia: nec extra bona; quia animo concipitur, atque ab eo, licet substantiam non habet, tamen imaginem sumit, quid multa? servitus est ambiguae qualitatibus; verendumque ideo, ut hic bonis accenseri, & adversus juris regulam ex Senatusconsulto debeat usum fructumve recipere. Hoc ut censeam, impellit me locutio & elegantiae similis & potestatis apud Tacitum *lib. 1. Histor. c. 40*, ubi enarrans finem Galbæ; ait, sub eum finem neque tumultum fuisse, neque quietem: id est, inter utrumque medium quid & dubium. Similiter Ulpianus *l. 7. §. 1. D. de administratione tutorum*. *Debuit tutor partibus suis fungi, non quidem præcipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione.* Item Livius, sed plenius, *lib. 8. c. 13*. *Jam Latio is status erat, ut neque bellum, neque pacem, pati possent; ad bellum opes deerant, pacem ob agri adempti dolorem aspernabantur, mediis consiliis standum videbatur.* Apulejus quoque *lib. 1. De Philosophia*. Verba

ba Apuleji. *Materiam* (Plato) *neque corpoream, sed neque sane incorpoream esse concedit. Ideo autem non putat corpus, quod omne corpus specie qualicumque non careat: sine corpore vero esse non potest dicere, quia nihil incorporale corpus exhibeat, sed vi & ratione eam sibi videri corpoream: atque ideo nec actu solo, neque tamen sola opinione cogitationis intelligi: namque corpora propter insignem evidentiam sui simili iudicio cognosci: sed qua substantiam non habent corpoream, cogitationibus ea videri; unde adulterata opinione ambiguum materia hujus intelligi qualitatem.* Hæc de Sabino.

3. At Paulus? ab eo abit in partem aliam; cum in Notis sic scribit. *Sed incerti actio erit cum herede, ut & reliqua.* Sensus enim, Quamvis ex Sabini sententia non valeat id legatum; opiner tamen, dandam legatario esse actionem incerti ex testamento adversus heredem; ut quamdiu legatarius vixerit, hæres ei eundi, agendi, ducendi, facultatem præ-

stet, & ea servitus constituatur sub hac cautione; ut, si decesserit, vel capite minutus fuerit legatarius, restituitur.

4. Ita Paulus. Qua causa? non adjicit; sed, puto, duplex ei causa fuit. una, quod eam regulam (ut pluribus ostendi lib. 1. c. 3.) non observari usquequaque moribus populi Romani animadverteret. altera causa fuit, quod servitus, quia jure civili sustinetur, utique à quibusdam intelligeretur esse, & rerum natura comprehendi, licet substantia carere videretur. Sed hæc ex Seneca intelligi potest: cujus de similibus rebus verba hæc sunt *epist. 58. ad Lucilium. In rerum natura quedam sunt, quedam non sunt. & hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam centauri, gigantes, & quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habeat substantiam.*

CAPUT IV.

Vestium legatous usufructu, ex Ulpiani sententia verum, non quasi, usumfructum legatum esse. Nova dispositio l. 15. §. 4. D. de usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.

Sæpe miror, dubitari quærique ab Interpretibus magni nominis, legato vestium usufructu, utrum verus, an quasi, vestium usufructus sit: cur enim in Mancipiis, in animalibus, in nave, inque vasis, non idem quærent? Scio, utendo teri vestimenta; scio, vilescere; eam dissentienti causam adferri, etiam scio. Verum & navis teritur, & Mancipia, & animalia, & vasa, & cætera id genus corpora, teruntur: navis tamen & Mancipiorum, item animalium, vasorumque, naturalem usumfructum esse, Ulpianus docet l. 3. §. 1. l. 12. §. 1. & l. 15. §. 1. D. de usufructu, & l. 12. D. Usufructuarius quemadmodum caveat. Igitur idem putemus in vestibus: nam ut naves, ut vasa, ut similia, ita vestes, etsi utendo paulatim terantur, tamen non statim ac subsum cadunt, eo consumuntur. quin post usum retinent substantiam, certe prerogant tempus, & sicut nova, sic attrita, vestimenta & Mancipia appellantur l. 37. D. de Edictio edicto, l. 6. D. de rei vindicatione; denique ab unguentis cæterisque quantitibus quæ utendo pereunt statim, atque expirant illico, & suis moriuntur horis, manifeste distingui, pulchre observat Plinius lib. 3. Natur. hist. c. 3. Verba Plinii. *Margarita gemmaque ad heredem transeunt: vestes prorogant tempus: unguenta illico expirant, ac suis moriuntur horis.* His accedit, quod oportet eum qui habet verum usumfructum, de duobus cavere; scilicet, usum fructum se boni viri arbitratu; & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit l. 1. D. Usufruct. quemadmodum caveat. Utrumque vero vestibus convenit: potest enim fructuarius vestibus uti frui boni viri arbitratu; & finito usufructu, quod ex vestibus extabit, restituere. Non igitur resistit natura veri usufructus vestium usufructui; nec absurdius earum ideo, quod paulatim teruntur usu, proprium dicemus usumfructum, quam reliquorum corporum; in quibus, quia æque teruntur usu, æque sufficit, quod extabit, finito usufructu, restitui. Ne addam nunc, ab eo cui est legatus vestium usufructus, veri usufructus cautionem exigere: ac finito usufructu, si is vestem reddat attritam dolo malo, contra eum ex stipulatu actionem dari; sin boni

viri arbitratu, non dari. Atque hoc adeo exploratum in illa formula, *reddi, quod inde extabit*; ut Ulpianus in ista, *vestem reddi*, idem statuatur l. 9. §. 3. D. eod. tit. fortasse, quia hic animus vestem utendam fruendam dantis, ut fructuarius eam boni viri arbitrio terat, & deteriore reddat, absque enim hoc esset; foret prope, ut ne utendi quidem fruendique jus potestasque ei fieret cui testator voluit. Proinde qui stipulatur, vestem reddi finito usufructu, is id stipulari videtur quod ex veste extabit. Quod si est; apparet, & vestium & cæterorum corporum parilem Ulpiano usumfructum esse: parilis enim ei utrimque cautio, parilis utendi fruendique forma, & à quantitatis usufructu recedens.

Ipte hanc Ulpianus expresserat l. 15. §. 4. D. de usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur; nisi alii ad hunc modum corripissent.

Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia ita vir bonus non uteretur. Proinde & si scenica vestis usufructus legetur, vel aulai, vel alterius apparatus: alibi, quam in scena non utetur. Sed an & locare possit, videndum est? Et puto locaturum, & licet testator commodare non locare fuerit solitus, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scenicam, quam funebrem vestem.

Emendo parva, an nulla, mutatione.

Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructu legato, dicendum est. & reliqua.

Scripserat Ulpianus, *non sicut quantitatis us. leg. dicendum.* His literis utrumque sermonem & usufructu legato & usufructus legetur, indicari, ex Valerio Probo & Magnone constat: Nota enim hac, VF. *usumfructum*, ista, LG. *legatum*, aut *legavit*, denotari scribunt. Ita, cum ambigua esset Siglorum ratio, quid novi, Librarium errasse, & alterum pro altero subjecisse?

jecisse: Longius à verbis Ulpiani Haloandrina editio, sed eodem mecum sensu. *Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non quemadmodum si quantitatis ususfructus legetur*, & sequentia. Ut tamen vel à vulgata scriptura abessem propius, malui, non sicut quantitatis ususfructu legato; quam lectionem Græci tuentur lib. 16. Basilicorum tit. 1. dum sic vertunt. *Qui vestis usumfructum habet, non sic ea abutitur ut nummis, quorum ususfructus legatus est, nec ipsam locat.* Forsan possis & ita restituere, non Sicut quantitatis ususfructus legetur, & cætera: ut perinde sit, ac si scriptum esset, non sicut si quantitatis ususfructus legetur: constat enim, Vereres, ubi geminandæ essent literæ, usos majusculis esse, sed semel; etiam constat, in eo scribendi genere sæpe inversum fuisse ordinem non literarum tantum, sed syllabarum quoque. Dedi ejus rei exemplum huic plane simile lib. 2. Observationum c. 16. ex l. 11. D. *Quemadmodum servitutes amittuntur.* Etiam observatum tale quid ab Elberto Leonino, V. CL. lib. 1. Emendationum c. 15. n. 13. in verbo, *Hosticolo* apud Ulpianum in l. unic. D. de bonorum possessione ex testamento militis: in qua scriptum fuisse suspicatur *hostiCOlo*, & ita exponendum *hostico* loco, repetitis literis CO, sed incitia Notariorum factum *hosticolum*. Atque id mihi diu visum accedere ad verisimile, nunc, ut dies diem docet, nulla esse opus mutatione, mihi persuadeo, adeo non displicet *hosticolum*: frequente usu verbi diminutivi, nihil diminutive significantis, quid ergo est? puto, *hosticolum* Ulpiano esse idem *hostico* in l. ult. D. de testamento militis: pari modo quo *hospitium* ei est *hospitaculum* l. 5. §. 1. D. de his qui effuderint. & *viaticulum* in l. 18. §. 1. D. de judiciis est *viaticum* l. 17. D. de reb. cred. item Tacitus quæ compluribus in locis vocat *hiberna*, alibi appellat *hibernacula* lib. 3. Annal. c. 74. n. 5. & lib. 14. Annal. c. 38. n. 2. jam vero Imp. Theodosius & Valentinianus, l. 21. in fin. pr. C. de testamentis, *signacula* dixere pro *signis*. Similiter apud Minucium Felicem, *Octavio*, (quod in Notis ibi attingit Johannes à Wouweren) est *notaculum* pro nota, Item Imp. Anastasius l. 3. §. 2. & l. 5. §. 2. C. de advocatis diversorum *judicum* dixit *adiculam* quam mox vocat *domum*. Sic *adificiola* pro *adificiis* in Corpore Inscriptionum Jani Gruteri pag. 809. Inscr. 2. Collegit & alia ejus generis Reinesius, ad Petronium Cl. Burmanni c. 42. p. 188. in verbo *Baliscus*: quæ non lubet exscribere.

Sed de scriptura d. l. 15. §. 4. vel nimis. Superest, ut sensum investigemus. is sensus est, si legatus sit vestimentorum ususfructus, aliud dicendum videri, quam si legatus sit quantitatis ususfructus, eam fructuario ita dari, ut ejus fiat, atque ut ea pro arbitrio suo abutatur; at, cum vestium ususfructus legatus est, vestes non dari fructuario sic, ut ejus fiant; neque ut his arbitrio suo abutatur; sed ut his utatur secundum earum conditionem d. l. 15. §. 1. hoc est, sic, ut vir bonus iis uteretur. Et ita est: vestimentorum usufructu legato, dicendum est, aliter atque in quantitatis usufructu, fructuarium vestibus usum fructurum arbitrato boni viri, id est, secundum conditionem vestimentorum: sed non abusus vestibus, id est, non usum fructurum vestibus extra earum conditionem; neque proinde aliter, quam vir bonus iis uteretur. quid tamen? an

vestes locabit fructuarium? movet dubium, quod illi locatio rei fructuariæ competat. sed non placet, locaturum vestes: nam vir bonus, et si ipse uteretur vestibus, tamen aliis non locaret vestes; debet autem fructuarium sic uti frui vestibus, ut vir bonus his usus fructurum esset. Proinde si scænica vestis ususfructus detur; constat, in scæna quidem usum fructuarium; sed alibi, quam in scæna, non usum. quamobrem? quia hæc vestis quidem comparata est ad usum scænæ: ad alium vero usum comparata non est: igitur si ad alium usum adhibetur; magis in abusum cadit, quam in usum. Si tamen ad scenam adhibetur; videamus, utrum fructuarium ea tantum per se uti possit; an etiam per alios quibus eam aut commodet aut locet. Et placet, alii locaturum talem vestem; neque referre, utrum testator eam commodare, an locare, solitus fuerit. quid ita? quia scænicarum vestium locatio aut commodatio neque in abusum cadit, neque à boni viri arbitrio abhorret. Testis Seneca, *Consolatione ad Marciam, Alieni*, inquit, *commodatque apparatus sunt. nihil horum dono datur: collatis & ad dominos redituris instrumentis scæna adornatur. Alia ex his primo die, alia secundo referentur; pauca usque ad finem perseverabunt.* Is sensus Ulpiani: ex quo apparet, eum qualiumcumque vestium, siue sint quotidianæ, siue scænicae, non quasi, sed verum, usum fructum facere; in eoque aliud dicendum ei videri, quam si quantitatis ususfructus legatus sit.

Non ignoro, esse qui eam quæstionem aliter finiant: rati, interesse, utrum sit legatus vestium ususfructus ut corporis, an ut quantitatis; & illo casu verum, hoc quasi, usum fructum legatum intelligi; idque Ulpianum velle in d. §. 4. l. 15. maxime, si sic scribatur, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur. Sed id mihi non placet: quia connexio totius loci, & singularum quæstionum ejus, satis ostendit, ab Ulpiano non quæri, quemadmodum legetur ususfructus vestium; sed quid juris sit, vestium usufructu legato: pariter ut quæritur in §. 1. d. l. 15. quid juris sit, mancipiorum usufructu legato; & in l. 12. §. 8. D. eod. tit. quid, domus usufructu legato, obtineat; non quemadmodum aut domus aut mancipiorum ususfructus legetur. His adde, quod, si dicimus, usum fructum vestium legari posse, vel ut corporis, vel ut quantitatis; nil aliud dicimus, quam vestium verum usum fructum esse; nisi earum ususfructus specialiter relinquatur ut quantitatis. Id vero non singulare vestium jus est, sed commune corporum omnium quæ usu continentur, ut animalium, ut servorum, ut similibus: nam horum omnium potest relinqui ususfructus, non tantum ut corporum, sed etiam, ut quantitatum; velut, si æstimata utenda dentur sub cautione certæ pecuniæ restituendæ finito usufructu l. 7. D. de usufructu earum rerum: nec tamen idcirco quisquam dicet, aut servorum, aut animalium, aut similibus rerum quæ usu continentur, quasi usum fructum esse. Igitur neque vestium dicemus quasi usum fructum ideo, quod earum ususfructus specialiter potest relinqui, ut quantitatis.

CAPUT V.

1. *Officia Præfecti urbis ac vigilum sæpe iisdem Notis apud Veteres scripta fuisse. Ab hac causa variare Inscriptionem l. unic. C. de officio Præfecti vigilum, & l. ult. D. eod. tit. 2. Pomponius menda liberatus in l. pen. D. de condictione causa data causa non sequuta, & præter Zasii, Cujacii, & Fabri, sententiam expositus.*

1. **U**Rbis & Vigilum Præfectura in Notis varie designatur : alteram Valerius Probus ita exhibet PRAEF. URB. alteram ita, PRAE. VIGIL. Magno aliter : is Urbis Præfectum Siglis his, P. V. Præfectum vigilum illis, PR. VIG. complectitur. Sed siue hæ, siue illæ sint, facile scripturæ & officiorum discrimen senteris. At cum utrumque scribunt ita, P. V. uti Notarum index, qui Codici præfigi solet, eos scripsisse indicat; nonne id efficiunt literarum compendio, ut utrum velint ex duobus, intelligere lectorem nolint? videtur, & paucis ostendam. Inscriptio *l. unic. C. de officio Præfecti vigilum* in plerisque codicibus sic recte habet, *Imp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio Præfecto vigilum*. Unde tam varie, nisi à Notis istis P. V. quibus utrumque significari monuit sed ipsas Haloandrina editio ibidem servat : habet enim, *Imp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio P. V. Ab eadem causa variat Inscriptio l. ult. D. eod. tit.* Haloander enim exprimit talem, *Ulpianus libro singulari de officio Præfecti vigilum*. Florentiæ autem est, *Ulpianus lib. singulari de officio Præfecti urbi*.

2. Idem tentabo in verbis his *l. pen. D. de condictione causa data causa non sequuta*.

Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in questionem sub ea causa ; ut si id repertum in eo non esset, redderetur tibi : is eum tradidit Præfecto vigilum, quasi in facinore deprehensum : Præfectus vigilum eum summo supplicio adfecit. Ages cum Attio, dare eum tibi oportere : quia & ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem : quo casu ad exhibendum agere te non posset. sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo : quia re aliena ita sit usus, ut si sciret se invito domino uti, aut dominum, si sciret prohibeturum esse.

Unde hic verba ea, *eum tradidit Præfecto Vigilum* ? Item ista, *Præfectus Vigilum eum summo supplicio adfecit* ? An quis umquam fando audivit, Præfecto Vigilum summi in quemquam supplicii jus fuisse, non Præfecto urbi ? At idoneus mihi auctor Paulus est, *Cognoscere Præfectum Vigilum de incendiariis, de effractoribus, furibus, raptoribus, & receptatoribus, nisi si qua tam atrox, tamque famosa persona sit, ut Præfecto Urbi remittatur l. 3. §. 1. D. de officio Præfecti vigilum*. Theodosius quoque & Arcadius ita Nephridio, Præfecto Urbis, rescribere *l. unic. C. eod. tit. Præfecti Vigilum hujus urbis nihil de capitalibus causis sua auctoritate statuere debent : sed si quid hujusmodi evenerit, culmini tue potestatis referre, ut de memoratis causis celsiore sententia judicetur*. In-

Noodt Operum Tomus I.

quunt, celsiore sententia judicetur, pariter ut Casiodorus lib. 7. *Var. form. 7.* sic scribens. *Custos Romanæ civitatis diceris, quando eam ab intestino hoste defendis. Quapropter circa fures sollicitus esto, quos si tibi leges punire minime precipiunt, tamen indagandi licentiam contulerunt : credo, ut quamvis essent raptores, tamen quia dicebantur Romani, majore eos subderent dignitati. Utere igitur per indictionem illam Præfecturæ Vigilis dignitate. Horror tibi poenarum adeptus est, non potestas : nam lex, à quo velut malos capi, ipsum censuit plus timeri. Qui igitur Vigilum Præfecti potestas ea est in *d. l. pen.* quæ propria Præfecti urbis est? Num indignamur imperitiam ejus temeritatemve, cum Udalrico Zasio in *Comment. ad eum locum* hercule paterer, si Zasius argumentum ejus aliquod ostenderet ; verum ubi nullum adfert, nec in lege ultro apparet, contra dicendum arbitror. An amplius ei in servum jus fuit ; quam in hominem liberum ? ita persuasum Jacobo Cujacio in *expositione Novellæ 13.* & Antonio Fabro in *Rationalibus ad d. l. 3. §. 1.* Sed contra Ulpianus refert in *l. ult. D. eod. tit. Imperatores Severum & Antoninum Junio Rufino Præfecto Vigilum ita rescripsisse. Insularios & eos, qui negligenter ignes apud se habuerint, potes fustibus vel flagellis cadi jubere, eos autem, qui dolo fecisse incendium convincentur, ad Fabium Cilonem Præfectum Urbi, amicum nostrum remittes : fugitivos conquirere, eosque dominis reddere debes. Ait, ut vides, Rescriptum de iis qui ignes apud se habent, præterea de insulariis, id est, servis insularum custodibus ; ut liquet ex *l. 203. D. de verborum significatione, l. 16. §. 1. D. de usu & habitatione* : ab utrisque autem incendium aut negligentia, aut dolo fieri : si negligentia, in hos esse Præfecto Vigilum jus & fustium & flagellorum. an indistincte ? haud puto : flagella enim in servos, fustes in liberos, at tenuiores, permitti, clare docent Jureconsulti *l. ultim. D. de injuriis, lib. 10. lib. 28. §. 2. D. de poenis*. quid, si dolo fecisse incendium convincentur ? ad Præfectum Urbis remitti. Sive igitur servus sit, siue liber, qui mortem meruit ob scelus ; spectat ad imperium Præfecti Urbis, non Vigilum. Itaque emendanda, ut dixi, verba *d. l. pen.* & exponenda hoc modo. Servus tuus Attio venerat in suspicionem furti. is Attius rogabat te, ut servum dares in questionem. dedisti sub ea lege ; ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi. Attius eum non, uti convenit, ad questionem quasi suspectum furti, sed quasi deprehensum in manifesto facinore, cum nullus esset deprehensus, ad supplicium Urbis Præfecto obtulit, coque ut afficeretur, falsis testibus, certe adversus fidem pacti ; obtinuit. punito servo, quaeritur, quæ actio tibi danda sit adversus Attium ? ait Pomponius, dominio tradito, tibi condi-**

D

ctio-

ctionem dati, velut causa data causa non vel perperam sequuta; dominio autem non tradito, ad exhibendum & furti actionem competere: ad exhibendum, quia is fecit, quo minus exhibe-

ret: furti, quia vacuus eo non sit qui re aliena ita usus est, ut sciret, se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse.

CAPUT VI.

1. *Veterum de acquirenda possessione non unam fuisse sententiam.* 2. & 3. *Seneca, Phædro, Plauto, lux mutua. Vestigium antiquæ dissensionis apud Proculum l. 55. D. de acquirendo rerum dominio.* 4. *Voculam non abundare apud Paulum in l. 3. §. 3. D. de acquirenda vel amittenda possessione.* 5. *Javoleni locus illustratus in l. 51. D. eod. tit. explosa Jacobi Cujacii emendatione.* 6. *Præsentia rei an in fictis traditionibus, quæ sunt possessionis constitutione, necessaria sit. Pragmaticorum adversus Antonium Fabrum defensa sententia.*

1. **U**trum possessio animo solo, an animo simul & corpore; adquiratur, à Veteribus varie olim disputatum est: non quod de possessionis origine, regulæ dubitarent; sed quod inter eos; quid usu servandum esset, parum conveniret: fuisse enim, mihi persuadeo, qui à majorum definitione recederent, quasi jubente utilitate; cumque placeret, possessionem non adquiri aliter, quam animo & corpore; tamen fingerent, utrumque intervenisse, simul atque animus idoneo signo proderetur palam; cum eoque facultas occupandæ rei probabiliter concurreret. itaque, si lapillus, gemma, aliudve quidpiam ejus generis, à duobus in littore maris inveniretur, sed alterius tantum visu, alterius etiam apprehensione; existimabant, ambos in communionem incidere; nec eum qui prior corpore in possessionem venisset, nisi affectum quoque prior indicasset, alteri prævalere.

2. Ex hac secta Veterum, quæ observavi, testimonia adscribam, partes Senecæ primas, tum secundas Phædro, daturus. Verba Senecæ ex epistola ad Lucilium 117. hæc sunt. *Quotiens aliquid invenis, non expecto, donec dicas, in commune; ipse mihi dico.* Ex Phædro ista subjecit.

Invenit calvus forte in trivio pectinem.

Accessit alter æque defectus pilis;

Heja, inquit, est commune, quodcunque est lucri.

Offendit ille prædam, & adjecit simul.

Superum voluntas favit; sed færo invidio

Carbonem, ut ajunt, pro thesauro invenimus.

Populi, inquit, næcias proverbique mihi exhibes; at ego Fori disputationem expectabam, vis tamen scire, quantum ea faciant ad demonstrandam hanc disputationem? vel Plautum adde in *Rudente* 4. 3. vers. 76. senties, nata apud nostros: tam aperte enim & legum & formularum, ne de cæteris loquar, in re simili meminit; ut merito vereat, ne Fori argutias dissidiaque in derisum ducere voluerit. Verba Plauti.

----- *Omitte vidulum.*

GR. *Nunquam hercle hinc hodie ramenta fies fortunator.*

TR. *Non probare pernegando mihi potes, nisi pars datur,*

Aut ad arbitrium reditur, aut sequestro ponitur.

GR. *Quemne ego excepi e mari?* TR. *At ego inspe-*

ctus e littore.

GR. *Mea opera, labore & horia.* TR. *Num quid minus;*

Si veniat nunc dominus, cuius est, ego qui inspe-

ctavi procul

Te hunc habere, fur sum, quam tu? GR. *Nihilo.*

TR. *Mane mastigia.*

Quo argumento socius non sum, & fur sum, fac-

dum ex te sciam?

GR. *Nescio: neque ego istas vestras leges urbanas scio, Nisi quia hunc meum esse dico.* TR. *Et ego item esse ajo meum.*

Hæc Plautus. E nostris etiam Trebatius tradidit ad eandem faciem apud Gajum l. 5. §. 1. *D. de acquirendo rerum dominio*, bestiam feram ita vulneratam, ut capi possit, statim nostram intelligi; & eo ulque nostram videri, donec eam persequamur: cæterum, si desierimus persequi, desinere nostram esse; & rursus occupantis fieri: itaque addit, si per hoc tempus quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut lucrifaceret, furtum videri nobis commisisse.

3. Referam quoque huc Proculum l. 55. *D. de acquirendo rerum dominio*: detecturus in eo vestigium dissensionis antiquæ, sed Triboniano olim inobservatum, & eruditis adhuc ænigma inexplicable. Verba Proculi.

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; cum eo hæretet, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solum eum in sylvam dimissem, eo casu tuus esse desisset, an maneret? Et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse: num in factum dari oporteret, quaro? Respondit, laqueum, videamus, ne intersit, in publico, an in privato posuerim: & si in privato posui, utrum in meo, an alieno: & si in alieno, utrum permissu ejus, cuius fundus erat, an non permissu ejus posuerim? Præterea, utrum in eo casu ita hæserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando se expediturus fuerit? Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desisset, & actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.

Species clara. In laqueum quem Titius venandi causa posuerat, aper incidit: is cum eo hæretet, Mæ-

vius

vius exemptum abstulit. quæritur, an videatur Titio aprum suum abstulisse; & si Titii aper fuit, si solutum cum Mævius in silvam dimisit, an eo casu aper Titii esse desierit; & si Titii esse desit, qua actione Titio Mævius teneatur? Responder Proculus, aprum, à Titio occupatum, Titii esse: an occupatus autem sit, nec ne, ex facto æstimandum esse: multum referre, utrum Titius laqueum in privato, an in publico, posuerit: nam si in publico posuit, ut in silva publica, in itinere publico; tum aprum, quamquam hæreat ita, ut expedire se ipse non possit, tamen quia ab unoquoque adiri atque occupari potest, ideo non magis à Titio, quam ab alio, occupatum atque apprehensum intelligi. rursus, si laqueum Titius in privato, sed alieno, posuit sine domini permisso; idem dicendum esse: quamquam non ea ratione quam V. CL. Jacobus Cujacius lib. 4. *Observat. c. 2.* & post eum Theodorus Marcilius, attulit ad §. 12. *Inst. de rerum divisione*, scilicet, quod is suam non facit feram, qui eam in alieno fundo capit, invito domino: sed quia domino jus est, ubi visum ei, laqueum in fundo suo adeundi, & aprumprehendendi; Titius vero è diverso fundum alienum ingredi venandi causa jure prohibetur d. l. 5. §. 1. d. §. 12. l. 16. *D. de servitutibus pradiorum rusticorum*, l. 13. *in fin. D. de injuriis*; nec igitur potest apri vel hærentis possessionem, ubi voluerit, corporaliter nancisci. quod si Titius laqueum posuit in fundo suo, alienove, sed domini consensu; & utrovis casu ita hæsit aper, ut se luctando non facile expediturus fuerit; jam prope esse, ut Titius apri possessionem adquisivisse videatur: quia domino non licet, consilium suum mutare in Titii injuriam; sed nec Mævio licet, in fundo Titii versari, eo invito. aper igitur à Titio, etsi naturaliter apprehensus non sit, apprehendi tamen naturaliter probabiliterque potuit. Hoc, opinor, Proculus indicavit; Tribonianus autem non intellexit in his verbis, summam tamen puto hanc esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sensus enim est, summam puto hanc esse, meus ut factus sit; si, cum voluero, potuerit in meam potestatem pervenire. ita visum mihi id verbum, pervenit, accipiendum: primum, quia non abhorret à loquendi usu quem Pomponius apud Labeonem & in Duodecim Tabulis notat l. 21. *D. de statuliberis*: deinde hic nusquam dicitur aper in Titii potestatem pervenisse; quamquam dicitur hæsisse laqueo quem Titius posuerat: imo Proculus, si recte judico, an occupatus aper sit, nec ne, tantum ex loco distinxit; præterea voluit, considerari modum quo aper hæsit: id est, animum Titii, dum effectum sortiri possit, sufficere; corpus non utique desiderari: denique, si quid ei desit ad naturalem possessionem, id prorsus animo impleri.

4. Sed profecto Proculum ab hac secta fuisse, nimis ex Paulo perspicuum est. Verba Pauli in impressis codicibus ita leguntur l. 3. §. 3. *de acquirenda possessione*.

Neratius & Proculus, (&) solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo possum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero; quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. & reliqua.

Vulgata hæc, sed insulsa, an stolidi, lectio; nam quis sapiens sic disputet, colligatve: possessio non potest solo animo adquiri; thesaurus igitur à me, ubi in fundo meo est, solo animo adquiri potest?

Noods Operum Tomus I.

nemo unus. proinde, ne pugnantia pro consequentibus auctores summi imperitissime conjunxisse viderentur, suspicabar olim, Paulum, quæ dixerat in §. 1. d. l. 3. his in §. 3. ejusdem capituli Neratii & Proculi, velut dissentientium, auctoritatem objecisse: post alium, cum id parum pervideret antiquitatis ignorantia, negationem in d. §. 3. plane inutilem atque ineptam inseruisse; perinde ac si Paulus definitionem regulamque d. §. 1. eo loci repeteret; non Prudentum, quod res erat, pugna responderet. quamobrem restituebam, *Neratius & Proculus ajunt, solo etiam animo posse nos adquirere possessionem tradiderunt, & cætera, exponebam vero ita, Neratius ac Proculus ajunt, solo etiam animo posse nos possessionem adquirere; si id est, quamvis, ut in l. 124. in fin. D. de verborum obligationibus, l. 37. in fin. D. de usuris*; si inquam, seu quamvis, non antecedit naturalis possessio; ideoque si sciam, thesaurum in fundo meo positum esse; putant, me continuo possidere, simul atque possidendi affectum habuero: quia, quamquam desit mihi thesauri naturalis possessio, tamen ubi habeo teneoque fundum in quo thesaurus jacet, quod desit naturali possessioni, id facile animo impleri. Ita censebam: eo magis, quod ab illa Papiniani dubitatione quæ est in l. 44. *D. de acquirenda possessione*, non valde alienum esset. Hactenus de priore secta.

5. Quid altera? distinguebat ea quæ non habent dominum, vel habent, sed præter ejus voluntatem occupantur, à cæteris quæ ad alium domini voluntate proficiuntur: volebat quippe, in illis necessariam esse naturalem detentionem: in istis non utique, modo si sub acquirentis custodia essent quocumque modo constituta: itaque hinc ambages evitandas, illic naturæ standum; injurias rixasque amputandas esse, existimabat. Operæ pretium erit, utrumque propius inspexisse. Ad prius multa spectant, quæ de fera Gajus d. l. 5. §. 1. *D. de acquirendo rerum dominio*, quæ de thesauro & furto Paulus d. l. 3. §. 18. ac Celsus l. 67. *D. de furtis*, quæ de pecunia in alieno condita Papinianus d. l. 44. scribunt. Præterea refert Nerva filius, apud Paulum l. 1. §. 1. *D. de acquirenda possessione*, *Dominium rerum ex naturali possessione cæpisse, ejusque rei vestigium remanere de his, quæ terra, mari, cæloque capiuntur; nam hæc protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint. item bello capta & insulam in mari natam & gemmas, lapillos, margaritas in littoribus inventas ejus fieri, qui primus eorum possessionem nactus est.* Hæc pro parte distinctionis una. Altera æque vera accerta: obtinuit autem primum; ut videtur, maxime in columnis rebusque cæteris quæ propter magnitudinem ponderis facile moveri non possent: deinde ad res etiam alias prorupsit; ut tamen imaginem custodiæ vel ex oculis & adspectu præsentis rei, vel ex appositione custodis, vel ex clavium traditione apud horreum in quo essent merces venditæ, vel ex præcedente detentione ex causa depositi vel commodati vel locati, intervenire necesse esset: propterea quod in his omnibus corporalis apprehensio & tactus nihil plus concederet acquirenti, quam jam haberet per custodiam rei mobilis; denique, quod naturalis rei mobilis apprehensio tantum custodiæ gratia adhiberetur. Ita Gajus l. 9. §. 5. *D. de acquirendo rerum dominio*; & in primis Paulus l. 1. §. 21. *D. de acquirenda possessione*; quem locum V. CL. Antonius Faber p. 3. *De erroribus Pragmaticorum*, decad 75. *Error. 2.* non minus ingeniose, quam vere, sic restituit, *Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditam*

traditam Priscus ait. idemque esse, si nummos debito-rem jusserim alii dare. non est enim corpore & actu (id est, corpore & tactu; cum vulgo scribatur, corpore & actu) necesse apprehendere possessionem: sed etiam oculis & affectu. & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt: ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re presenti consense-rim. & vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori tradita fuerint. Sed & si venditor emptori vicinum fundum in sua turre demonstret; ejusque se vacuam possessionem ei tradere dicat; placet, possessionem emptori solis oculis soloque affectu perinde, ac si fundus naturaliter occupatus apprehensusque esset, adquiri: ut bene Celsus l. 18. §. 2. *D. de acquirenda possessione*, verbis sequentibus. Si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possideri cœpi, quam si pedem finibus intulissem. Sic Celsus; tam clare ostendens, in his possessionem animo solo sine corpore & tactu adquiri, ut ad istam quoque partem distinctionis nihil ultra desideres. quomobrem manum de tabula tollam: si addidero, hanc fictam traditionem, quia civili interpretatione pro naturali traditione habetur, ideo interdum naturalem appellari; exemplumque unum ejus generis, ut omittam alia, extare apud Paulum l. 8. *D. de peculio*: ubi de peculio differens, ait, ejus rem esse tunc demum, cum naturaliter data est; & cum quæri posset, quando ita data videretur; addit, tunc datam videri: cum dominus tradidit; aut, cum apud eum esset, pro tradita habuerit. Hoc Paulus. idem vel simile habet Labeo; ad eumque in Notis observat Javolenus l. 51. *D. de acquirenda possessione*. Verba ejus loci, quia habent dignam inquisitionem sententiam, apponam, ut illustrem, ac terrem. Verba Labeonis.

Quarundam rerum animo possessionem nos apisci ait Labeo: veluti si acervum lignorum emerò, & eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissim, traditus mihi videtur. Idem juris esse, vino vendito, cum universa amphora vini simul essent. Sed videamus (inquit) ne hæc ipsa corporis traditio sit: quia nihil interest, utrum mihi, an & cuilibet jusserim, custodia tradatur?

Verba, ut monui, Labeonis sunt, in his verbis id primum noto, quod Labeo ait, nos non omnium, sed quarundam rerum possessionem apisci animo; exemplumque ponit in re vendita: deinde, quod cum animum nominat, solum & nudum intelligit: postremo puto, versiculum, sed videamus, &c. sic accipiendum esse, quasi significet: Labeo magis esse inquit, ut ipsa hæc, etsi re vera non sit corporis traditio, tamen intellectu Juris pro corporis traditione habeatur: finge enim, in conspectu meo rem deponi, & sub custodia mea constitui, præterea nec me, nec alium meo nomine, eam attingere: num dubium, inquit, est, si interpretationem spectes, quin hic opera corporis adhibita, & possessio tradita acceptaque, intelligatur? nimine vero. quid ni ergo idem sit, ubi tu me jussisti tollere, ego custodiam posui? nil enim refert, utrum mihi, an cuilibet jusserim, custodia tradatur arg. l. 35. *D. de acquirendo rerum dominio*. Hæc Labeo: ad ea in notis ita Javolenus.

In eo puto hanc questionem consistere, an etiam si corpore acervus aut amphora apprehensa non sunt,

nihilominus tradita videantur. nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat: utrobique enim animi quodam genere possessio erit æstimanda.

Vit eximius, Jacobus Cujacius, in *Comment. ad t. P. de acquirend. possess. tom. 4. part. 2. operis posthumum*, legit, corporis quodam genere: sed ego de lectione certa & recepta non recedo: sensus enim Javoleni, quamquam subdificilis, tamen non dubius hic est: In eo vertitur Labeonis quæstio, an acervus, licet corpore non sit apprehensus, tamen pro tradito habeatur Jure Civili. quod magis est: si quis enim in uno exemplo velit dissentire, & traditionem inficiari; is viderit, ne traditionem quoque ab altero excludat: utrobique enim, id est, utroque in casu, si ad subtile exigantur singula, animi quodam genere, seu animo quodammodo solo, possessio æstimanda erit. at naturalis traditio atque apprehensio procul dubio in altero, quamquam nulla intervenit, utique intervenire creditur: igitur consequens est, ut eadem altera quoque in specie Juris intellectu esse videatur. Hæc Labeonis, addo, Javoleni, sententia est: quam & superiora probant, & Paulus refert in d. l. 1. §. 21. *D. de acquirenda possessione*: Prisci enim ubi meminit, Javolenum intelligit: cui Prisco nomen fuisse; à Plinio lib. 6. epist. 15. & Pomponio l. 2. ad fin. *D. de origine juris*, accepi: etsi idem quoque Neratio fuisse nomen, non ignorem. sed pro Javoleno facit, quod is libro 10. *Epistolarum* in hac vel simili prope specie traditionem quodammodo manus longæ esse perhibet. Verba ejus adscribam, ut caveas ab Antonio Fabro part. 3. *De erroribus Pragmaticorum* decad. 75. error. 6. qui putat, Labeonis sententiam à Javoleno corrigi in d. vers. sed videamus. Verba Javoleni quæ huc spectant, in l. 79. *D. de solutionibus & liberationibus* talia sunt. Pecuniam, quam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam: efficitur, ut & tu statim libereris, & mea ea esse incipiat. nam tum, quod à nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi, & quodammodo manu longa tradita existimanda est.

6. Tantum de possessionis apprehensione ac traditione. Videndum porro, quod titulus hujus capituli pollicetur, an in traditionibus plerisque & veris & fictis peræque desideretur rei præsentia, Et ceterum Antonius Faber adversus Pragmaticos d. decad. 72. error. 1. & seqq. nec exceptionem prope admittit, præter unam quam desumit ex l. 9. §. ult. *D. de rebus creditis*. Mover eum virum, quod arbitratur, fictam traditionem non habere alio in casu locum, quam in quo vera potest: præfatus, commune esse omnibus Juris fictionibus, ut tunc inducantur demum, cum id quod in fictionem venit, & jus & natura recipit: maxime, si versantur circa hominis factum: in quo quanto minor sit potestas Juris, tanto majorem requiri aptitudinem, ut fictio obtineat: at sine dubio ejusmodi esse causam possessionis arg. l. 19. *D. Ex quibus causis majores*. l. 1. §. si vir uxori *D. de acquirenda possessione*. Jam per rerum naturam fieri vix posse: ut corporalis possessio sine vera traditione mutet possessorem; item ut fiat vera & naturalis traditio rei quæ non sit præsens: tradere enim esse de manu in manum dare: & ideo nec ista quidem traditione quæ ex constituto inducitur, aliter transferri possessionem, quam si constituti tempore res præsens & quasi sub oculis inveniatur. Hæc viri & acuti & docti sententia est: sed mihi displicet; existimanti, rei

rei praesentiam non ea solum in specie non esse valde necessariam, in qua possessio detentiove jam ante domini voluntate venit ad novum possessorem; (uti Faber voluit *arg. d. l. 9. §. ult.*) sed nec in constituto possessorio desiderari: hoc est, cum quis id quod suo nomine possidet, alieno nomine possidere constituit; & ipse ita definit possidere, ut quasi procurator suo rursus corpore alienae possessioni ministerium praestet, ex sententia Celsi in *l. 18. D. de acquirenda possessione*. Quamquam enim possessor à re absit ea in specie, tamen quia animo ei praesens est, quamdiu is effectum sortiri potest, fictione Juris non minus corpore & oculis, quam animo, praesentem intelligi *arg. l. 3. §. 7. l. 46. l. 25. §. 2. D. eod. tit. l. 1. §. 24. D. de vi & de vi armata*: neque esse à ratione juris alienum, qui corpore absens, praesens animo sit, is si alii possidere constituat: hoc est, destinet, suam amittere possessionem, & interim ministerio suo alium facere possessorem. Dices, duplicem fictionem circa eandem rem non facile concurrere. Sed id vanum est; & Paulus discutit *l. 1. §. 1. D. Pro socio*; cum scribit, in socie-

tate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt, continuo communicari, quia (ut Gajus subjicit *l. 2. D. eod. tit.*) licet specialiter non interveniat traditio, tamen tacita intervenire creditur: nec, opinor, cuiquam hac in specie est aut traditionis obscura fictio, aut possessionis constitutio: nam qui hactenus sibi res suas tenuit jure domini, is nunc constituit, eas possidere ex causa societatis, non tantum sibi, sed & alii. Quod si est: vix cerno, qui sit quaestioni Viro Docto; an per constitutionem, etiam absente re, in alium transferatur possessio: nisi is velit dubitare; num in societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt, continuo communicentur; aut, quod à vero est remotius, etiam in tacita rerum omnium traditione quae infinitae saepe ac diffusae sunt, praeterea aliam sibi fingat praesentiam, quam qua res sub utriusque custodiam cadat, utroque socio mutuae possessioni operam dante, id est, existente hoc animo, ut non suas quisque res habeat, sed ut ambo eandem rem pari jure possideant. Verum non dignum est, ei qui hoc dixerit, responderi latius.

CAPUT VII.

Culturam & curam idem valere in §. 35. Inst. de rerum divisione, adversus Accursium & Cujacium. Ea verba non factum qualis qualis cultura & cura, sed jus, significare. Bonae fidei possessoris, qui rem accepit ex justa causa, naturaliratione fieri fructus, non tantum industriales, sed & naturales.

Justinianus in §. 35. *Inst. de rerum divisione*.

Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aequae bonae fidei acceperit: naturaliratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura.

Quaeritum est, utrum postrema verba, *cultura & cura*, idem sonent eo in loco, an diversum quidpiam ac separatum? Et hoc magis esse, cum Accursius credidit, tum Cujacius in Notis ad *d. §. 35*. Sed mihi contrarium, idem significare: ut in illo Virgilii *lib. 1. Georgicorum*.

-- *Quae cura bonum, quis cultus habendo
Sic pecori.* --

Nam, ut Servius notat, aut epexegetis est in sequenti; hoc ut sit, qui cultus habendo sit pecori, quod est, quae cura bonum; aut certe κατ' ἐξοχήν ait, boves, & postea intulit caetera pecora; ut majus animal separaret à minoribus &c. Jam Ovidius *De remedio amoris*.

Rura quoque oblectant animos, studiumque colendi.

Qualibet huic cura cedere cura potest.

Seneca quoque *lib. 2. De Beneficiis c. xi. Perdet*, inquit, agricola, quod sparsit, si labores suos destituet in semine. Multa cura sata perducuntur ad segetem: nihil in fructum pervenit, quod non à primo usque ad extremum aequalis cultura prosequitur. Sed & Quintilianus *lib. 1. Inst. orator. c. 12. Cur non idem suademus agricolis, ne arva simul & vineta & oleas & arbuta colant, ne pratis & pecoribus & hortis & alvearibus accommodent curam*? Unde apparet, culturam valere idem cura apud Justinianum. causa autem conjungendi utrumque verbum mihi ista videtur esse, quod ea conjunctio orationem facit aliquan-

Nocte Operum Tomus 1.

to modulationem & magis aptam atque efficacem, quam si simpliciter sit, dicaturque, *pro cultura*.

Id quo spectat? nempe, ut intelligamus Imperatorem Justinianum velle, fructus tam naturales, quam industriales, fieri bonae fidei possessoris, qui fundum accepit ex emptione, vel legato, vel simili justa causa: eo quod & cultura & cura pro qua illi fructus indistincte addicit Imperator, ad utrumque fructuum genus referuntur. Quamquam ut melius intelligatur res non minus elegans, quam difficilis, & (quantum scio) nondum demonstrata ab aliis; porro addam, quod Imperator, cum fructus bonae fidei possessori addicit *pro cultura & cura*; non significat, fructus ejus fieri pro quali quali cultura & cura: (alioquin debuisset eos quoque adscribere possessori malae fidei: nam is aequae culturam & curam fundo adhibet, ac possessor bonae fidei, licet nullos fructus suos faciat) potius voluit Imperator, fructus ideo bonae fidei possessoris esse: quia ei, quasi domino, est jus colendi & curandi fundum, quem justa ex causa à non domino accepit bona fide. idque sic demonstro. Placet, fructus sive domino, sive possessori bonae fidei, adquiri jure accessionis, atque adeo jure corporis ex quo proficiuntur *l. 25. §. 1. D. de usuris*. Primum, si quis est dominus fundi seu corporis ex quo nascuntur fructus, is naturali ratione est dominus fructuum, ex eo naturum §. 19. *Inst. de rerum divisione*: sive sint industriales, sive naturales; inprimis, ubi cohaerent cum corpore: tum enim faciunt partem corporis *l. 44. D. de rei vindicatione*; & oportet eum qui est dominus corporis, esse dominum partium ejus. hoc, cum pendent fructus, & cohaerent cum

D ;

corpo-

corpore. quid, si percepti sint: id est, à corpore separati? idem dicendum est, nec refert, utrum à domino, an ab alio separati, sint: quia ante fuerunt domini, neque separatione contigit quidquam quo desinerent esse *d. l. 25. §. 1.* Sed ut fructus, sive naturales, sive industriales, sunt domini corporis ex quo nati sunt: ita fructus, tam naturales, quam industriales, corporis bona fide possessi vel ex emptione vel quo simili iusto titulo, sunt bonæ fidei possessoris *d. §. 35.* maxime, cum pendent, neque sunt separati à corpore ex quo sunt nati: tum enim intelliguntur pars corporis. porro bonæ fidei possessor, etsi non sit corporis dominus, tamen habetur dominus corporis. habetur igitur & dominus partium corporis: id est, fructuum. ita, cum pendent fructus. quid, si percepti sint: hoc est, separati à corpore? adhuc manent possessoris bonæ fidei; sive

ab ipso, sive ab alio, separati sint: quia ante cum penderent, jam fuerunt ejus, neque separatione quidquam factum est quo desinerent esse *d. l. 25. §. 1. l. 48. D. de acquirendo rerum dominio.* Is sensus Justiniani in *d. §. 35.* qui si placet: apparet, culturam & curam in illo §. non factum significare, sed jus culturæ & curæ quod bonæ fidei possessori, quasi domino, conceditur interpretatione bonæ fidei. Neque inusitata nostris ea loquutio: nam similiter alluvionem pro jure alluvionis, haustum pro jure hauriendi, actum pro jure agendi, iter pro jure eundi, appulsum pro jure appellendi, & similia, legimus *l. 16. D. de acquirendo rerum dominio, l. 5. §. 1. l. 13. §. 2. D. de servitutibus pradiorum rusticorum.* Dixi, quid sentiam de *d. §. 35.* cui obijci-
tur *l. 45. D. de usuris.* Sed frustra.

CAPUT VIII.

1. *Hypothecam jure honorario constitui nudo pacto, & tolli: si conveniatur, ne pignus petatur. Nova interpunctio & explicatio l. 23. C. de pignoribus. Cujacii, Fabri, Gifanii, & aliorum, taxata sententia. 2. Quid, si conveniatur, ne debitum petatur? Marcianus ab ingenio correctus duobus locis l. 5. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 3. Severi & Antonini sensus in l. 2. C. de remissione pignoris.*

1. **D**E hypotheca jure honorario nascitur pacto actio, & tollitur: nec mirum est, pacto perimi, si pacto perficitur: æquitatis enim vinculum quo solo sustinetur, æquitate conventionis dissolvitur, & perit ipso jure quo colligatur. Nolo, hoc mihi credas: sit fides Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano *l. 23. C. de pignoribus*, in qua sic scriptum est.

Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum, vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest.

Obscura verba sunt, sed, ne offendas, lucem faciam. comma vides post hæc verba, *cum hoc solum pactum*: id comma natum à sequiore intellectu particulæ, vel, ibidem sequentis. dele & lege.

Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest.

Plana & clara sententia, Majorem viginti quinque annis non posse actione hypothecaria persequi hypothecam: quam pacto nudo remisit. quam ob causam? quia vel jurisdictio (Edictum sic appellant Imperatores: ut in *l. 2. C. de restitutione militum*, & aliis infinitis locis) quando, inquam, vel jurisdictio hoc solum, seu nudum, pactum secundum ipsius majoris voluntatem tueatur. Hoc autem quid aliud est, quam hypothecæ specialiter datum esse Edicto, ut pacto, quamvis solo, & nascatur & peteat? cavebis enim, si sapis, à Jacobo Cujacio in *comment. add. l. 17. §. 2. D. de pactis*, & ad tit. *C. de remissione pignoris*, ab Antonio Fabro in *Rationalib. add. l. 17. §. 2.* ab Huberto Gifanio ad *d. l. 23.* & aliis qui perhibent, verba ista, *persequi non potest*, esse ambigua, atque ad litis exitum referenda. nam ut fatear, sæpe nil interesse, utrum quis non habeat actionem, an habeat eam quæ per exceptionem infirmetur: quid tamen tali opus interpretatione est,

ubi oculis usurpatur veritas? dilucide scribunt Imperatores, si hanc meam consideres emendationem, hypothecam pacto constitui, pacto tolli: quia id pactum, etsi solum seu nudum sit; tamen vel Prætoris jurisdictione, non tantum naturali ratione, adjuvatur: locutione ac sententia plane simili huic Valeriani & Gallieni. *Etiam jure civili domestici testimonii fides improbat* *l. 3. C. de testibus.* Erit tamen aliquanto clarior res, intellecta vocula *vel*, de qua monui supra: non enim hic separationem indicat; sed nec conjunctionem: verum pro *etiam* aut simili sumitur; & præcipuum quiddam significat: ut in *l. 1. D. de pignoribus & hypothecis, l. 43. D. Familie eriscunda*, & apud Terentium in illo *Andria 3. 2. vers. 9. Vel hoc quis non credat, qui norit te, abs te esse ortum?* ubi in Notis sic scribit Donatus. *Vel, modo non est disjunctiva conjunctio, sed pro etiam posita: ut apud Virgilium.* Vel Priamo misera manus. Et Carmina vel cælo possunt deducere lunam. Et bene, vel hoc, *subaudias exceptis illis, quæ reprehendit supra.* Sed in viam. Hoc volunt igitur Imperatores, hypothecam pacto nudo & constitui, & tolli, Prætorio jure: in primis, si sic conveniatur, *Ne hypotheca petatur.*

2. Quid si sic, *Ne debitum petatur*? dubitatur à Veteribus est, utrum ipso jure, an per exceptionem, liberetur hypotheca. Quod, si nescis, Marcianus probabit tibi in *l. 5. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.*

Solvitur hypotheca & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut à persona non petatur. Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem (&) in hoc casu possunt dici, ut & ab hypotheca discedatur.

Hæc recepta lectio; sed depravata non uno loco. corrigo & scribo.

*Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut à persona non petatur. Et quid si hoc actum sit? * Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem, (&) in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur.*

Primus ita scripturam ex conjectura restitui. An vere? videamus. Ait Marcianus, *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat.* Hæc verba manifestam habent sententiam, Si paciscatur debitor, Ne pignus petatur, hypothecam solvi ipso jure: idemque esse, si paciscatur, Ne pecunia petatur.

Pergit Marcianus, *Nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut à persona non petatur.* His verbis continetur objectio, spectans fere ad posterius pactum quod est, Ne pecunia petatur: in priore enim quod est, Ne pignus petatur, certum jus fuit: ut monui. Sensus autem Marciani est, Etiam pacto, Ne pecunia petatur, liberari hypothecam: nisi si quis putet, eo non agi, Ne pignus petatur; sed Ne debitum petatur. Is Marciani sensus: sunt enim ejus verba non de personali pacto accipienda, sed de personali debito. Ait tamen, *ut à persona non petatur.* Sed ideo quia fors principalis personali debetur obligatione, eoque tantum petitur à persona debitoris: hypotheca contra non debitorem obligat, sed rem pignoratam; eoque à quocumque ejus possessore petitur: denique, ut verbo absolvam, actio hypothecaria tantum hypothecam, personalis actio tantum debitoris personam, sequitur.

Subjicit Marcianus, *Et quid si hoc actum sit?* dispunxi hic verba ista, *cum forte alius hypothecam possidebit; vel ut Accursius legit, possidebat:* quia videntur profecta ab Interprete qui in his aliquid deesse, & anterioribus verbis personale pactum significari, existimabat. Sententia vero Marciani talis est: Et quid, si hoc actum sit, ut tollatur in personam obligatio, sive principale debitum? hoc est, quamvis hac conventionem, *Ne pecunia petatur*, sit tantum palam & directo actum, ne fors petatur; tamen quia per consequentiam & de hypotheca pactum conventum est; ideo eo quoque pacto hypotheca sine exceptione solvetur ipso jure. habet enim hæc interrogatio (*Et quid si hoc actum sit?*) præter elegantiam plerumque etiam arguendi vim fortio-rem, quam rectus simplexque sermo: ut Quintilianus docet lib. 9. *Instit. orator. c. 2.*

Sequitur. *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem, (&) in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur.* Comma pinxi post verbum *eadem*, ut in Accursii editione. tum reposui, *potest* pro *possunt*, probabili nec difficili mutatione: spectantibus ad Siglum P; quod utrumque & *potest* & *possunt* continet, Diacono teste in Notis Veterum: *potest* autem à Marciano scriptum fuisse, suspicor; non *possunt*; & sensum esse, Sed cum principalis obligatio non alias pacto tollatur, quam per exceptionem perpetuam; etiam dici, id est, defendi posse, quasi exceptione eadem & ab hypotheca quæ accessionis loco est, discedatur.

3. Unde apparet, Veteres ea in specie esse utraque usus sententia: id est, ista quæ pro exceptione faceret; etiam illa quæ hypothecam sine exceptione tolleret ipso jure. Idem observatum, puto, fuit; ubi debitor creditoris voluntate hypothecam vendidit: id autem ut putem, inducor Severi & Antonini verbis quæ sunt in l. 2. C. de remissione pignoris.

* Cum forte alius hypothecam possidebit.

Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam, sciente & consentiente ea, qua sibi eum à venditore obligatum dicit, exceptionem eam removebis. Nam obligatio pignoris consensu & contrahitur & dissolvitur.

Casus talis est. Titius fundum suum hypothecæ obligavit Mæviæ. deinde, hac consentiente, eundem fundum Materno vendidit; addam, & tradidit. dehinc Mævia hypothecam à Materno petit actione quasi Serviana. is rogat Imperatores; an & qui debeat se tueri adversus Mæviam; & de exceptione pacti nominatim adjicit. Pro Mævia dubitatio hæc est, quod magis consensit venditioni hypothecæ, quam remissioni: superest igitur actio, à qua recessum non est. Contra facit, quod hic fundus est Materno Mæviæ voluntate alienatus & traditus; & ideo ipsa, ut sibi à Materno applicetur fundus quem ei & vendi, & tradi passa fuit, inverecunde desiderat l. 8. §. 6. l. 10. D. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Hæc difficultas una: est & altera, atque ipsa in modo defensionis: quia est hic quidem palam pactum conventum de alienanda hypotheca; sed non de tollenda: is ei per consequentiam, non principaliter, adfertur: eoque casu sicut difficile est, ut hypotheca ipso jure tollatur: ita exceptio sine hæitatione adhibetur l. 8. §. 9. 13. 17. D. *eod. tit.* Hæc difficultas altera. Ad utramque ita Imperatores; Si probaveris, Maternæ, & fundi alienationem & consensum Mæviæ: en, duplex tibi ad defensionem via: uti si velis pacti exceptione qua de quæris, uti poteris: cæterum verum est, hypothecam & consensu contrahi, & consensu dissolvi. Is mihi videtur Imperatorum sensus: fortassis & tibi, si intelligis voculam *nam*, qua utuntur Imperatores: aliter enim eam exaudio, quam solent Interpretes. illi pro causa existimant: ego opinor incipiendi vim, non causam, habere; & ita usurpari in Ulpiani verbis illis l. 2. §. 1. D. *Vi bonorum raptorum.* Hoc edicto contra ea, qua vi committuntur, consuluit Prætor. Nam si quis se vim passum docere possit, publico judicio de vi potest experiri. Vides, hic proponi actionem vi bonorum raptorum, quæ privata actio est; ei subijci judicium publicum: id vero num causa est? an simile Imperatoribus in d. l. 2. Sed, puto, hoc dices. Apud Suetonium quoque ita accipitur in Caligula c. 23. ubi sic scribit. *Fratrem Tiberium inopinantem interemit. Silanum item socerum ad necem compulit, causatus in utroque, quod hic ingressum se turbatus mare non esset sequutus, ille antidotum oboluisse, cum & Silanus impatientiam nausea vitasset, & molestiam navigandi, & Tiberius propter assiduam & ingravescentem tussim medicamento usus esset.* Nam Claudium patrum non nisi in ludibrium reservavit. Vocula, *nam*, incipit, ut dixi, & separat; causam præcedentium non adfert. Idem crede esse in d. l. 2. C. de remissione pignoris. nam si aliter expones eam particulam; inepra erit ejus loci & ratio & consequentia: quod si enim verum est, hypothecam ita tolli nudo consensu, uti constituitur; ipso jure tollitur, & supervacua emptori erit exceptio l. 9. C. de exceptionibus. cæterum, quia apud Veteres aliquam recipiebat dubitationem, utrum hypotheca hoc in casu consensu ipso jure, an per exceptionem liberaretur; non absurdum est, utrumque observatum esse à Jureconsultis: tamen ut tutior exceptio haberetur: nam

id & alibi obtinuit l. 34.

D. de obligationibus & actionibus.

* *
D 4

CA-

CAPUT IX.

Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia, comparatio elegans. Tum communio bonorum an inter hos apud Veteres fuerit, & qualis? Nuptiarum, ut ea definiuntur c. 1. D. de ritu nuptiarum, explicatio gemina.

Quæ de matrimonio scripsere Veteres, ea, mirum est, ni magnam partem ab amicitia petierint: siue enim spectes legem utriusque generis, siue effectum; in his nihil est quod in magno ponas discrimine: præterquam quod in matrimonio maris ac feminae, in amicitia aut virorum, aut feminarum, aut sexus utriusque, consensus est. Adhæc plures, quam duos, amicitia admittit; matrimonium plures respuit: illa animos miscet; hoc etiam corpora, non solum animos. Nec tamen scio, an Veteres & ista ab iisdem duxerint principiis: cum hanc primam fecerint amicitiae legem; ut nec roges res turpes, alienasve à moribus populi; neque rogatus facias. Tamen horum quidquid sit, in præsentiarum nil definitio, nec moror; dum matrimonium amicitiamque in cæteris convenire ostendam ut genus & speciem; simul, an & qualis marito cum uxore apud Veteres communio fuerit: quod sæpe quaesitum ab eruditis, non autem satis expositum est. Primum legem videamus: quam amicitiae ponit Cicero pro Plancio. Verba Ciceronis. *Vetus est lex illa iustitia amicitiaeque, ut idem amici semper velint, neque est ullum certius amicitiae vinculum, quam consensus & societas consiliorum & voluntatum.* Hæc amicitiae, addo, matrimonii, lex est; & ipsa ex Prudentum secta, Apulejo teste cum de marito lib. 9. *Metamorph* ita inquit. *Ipse semper cum mea conjuge tam concorditer vixi, ut ex secta prudentum eadem nobis ambobus placerent.* Jam Gratianus ex eadem secta c. Beata Maria §. consensus c. 27. q. 2. *Consensus cohabitandi & individuum vitæ consuetudinem retinendi interveniens eos conjuges fecit. Individua vero consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, & è converso.* Sed matrimonii amicitiaeque legem habes. Inde effectum accipe; & hunc, exceptis, quæ dixi, paucis, ubique parem aut eundem. Etiamne in bonis? etiam: siquidem communia sunt conjugum bona. negat certe Nerva ac Cassius, uxorem viro furtum facere: ea causa, quia societas vitæ quodammodo eam dominam faceret l. 1. D. de actione rerum amotarum. Sed & amicorum communia pleraque esse, amicitiae consequens est, & proverbio vetere percrebuit. Dido apud Virgilium lib. 1. *Aeneidos* vers. 577.

Urbem quam statuo, vestra est. Subducite naves.

Tros Tyriusque mihi nullo discrimine agentur.

Item Cicero *De legibus* lib. 1. *Cum hanc benevolentiam late longeque diffusam vir sapiens in aliquem pari virtute præditum contulerit, tum illud effici, quod quibusdam incredibile videatur, sit autem necessarium, ut nihilo sese plus, quam alterum diligat. quid enim est, quod differat, cum sint cuncta paria? quod si interesse quidpiam tantulum modo potuerit, etiam amicitia nomen occiderit: cujus est ea vis, ut simul atque sibi aliquid, quam alteri maluerit, nulla sit. Societas igitur amicis conjugibusque ut animorum, sic bonorum, fuit. quid multa? ipsum matrimonium à Modestino l. 1. D. de ritu nuptiarum definitur, *Conjunctio maris ac feminae, consortium omnis vitæ, divini & humani ju-**

ris communicatio. quid ni? & amicitia apud Ciceronem in *Lalio* siue de amicitia describitur, *Omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia & caritate summa consensus; vel, ut idem alibi hoc exprimit eodem libro, Omnium rerum, consiliorum, voluntatum sine ulla exceptione communitas.* Seneca quoque *epist.* 48. *Consortium rerum omnium inter nos fecit amicitia.* Quod matrimonii definitioni convenit. Quamquam, ne te fallat nomen communio- nis, & hoc monendus es, in his intelligi communio- nem, non veram ac propriam; sed quæ benevolentia & usu finitur; adeo neque proprietatem transfert, neque cum invitis exercetur. Hanc in amicis indicat Seneca lib. 7. *De beneficiis* c. 12. Verba Senecæ. *Quidquid habet amicus, commune est nobis, sed illius proprium est, qui tenet. uti, illo nolente, non possum.* Similiter in conjugibus Ulpianus l. 1. §. 15. D. de *Senatusconsulto Siliano*, *Quamquam, inquit, neque viri servi propriæ uxoris dicantur, neque uxoris propriæ viri, commixta tamen familia & una domus est.* Jam illo quid apertius, quod Impp. Theod. & Valent. l. 8. C. de pactis conventis decernunt, *Ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat.* Quid cum addunt? *Quamvis bonum erat mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari; attamen quoniam conditores legum equitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.* Sed patet, matrimonium, ubi nudo consensu penditur ex gentium jure, amicitiae velut speciem suo generi apud Modestinum d. l. 1. respondere.

Nec tamen inficior, Modestinum ad eas quoque nuptias referri recte; quæ ex jure Quiritium usu, farre, aut coëmptione, celebrantur. Hisce enim modis (ut Gellius scribit lib. 18. *Noct. Atticar.* c. 6. & Gajus in *Collatione legum Mosaicar. & Romanar.* tit. 16. aliquatenus etiam Ulpianus ostendit l. 195. §. 1. D. de verborum significatione) materfamilias non in matrimonium tantum venit, sed in manum quoque ac mancipium, hoc est, in familiam, mariti, inque locum sui heredis. Ita qualis filiafamilias ratione patris est; talis ea ratione mariti habetur; denique mortuo quasi filia una cum suis liberis succedit; & ut filia vivo patre nihil in bonis habet; ita mulier, ubi viro in manum convenit, omnia (ut Cicero in *Topicis* refert) quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine; nec quidquam retinet, nisi jure peculii, aut viro auferat, aut stupro inveniat. Plautum audi *Casina* 2. 2. vers. 26.

-- *Peculi probam nihil habere addecer*

Clam virum & quæ habet parum, ei haud commo- di est,

Quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit.

Hoc viri censeo esse omne, quidquid tuum est.

Inde Sabinus ac Proculus d. l. 1. D. de actione rerum amotarum ajunt, uxorem marito furtum facere, sicuti filia patri faciat. Possit & Modestinus inde d. l. 1. nuptias

nuptias appellare divini & humani juris communicationem: similiter ut hanc Paulus inter patrem & suum heredem constituit l. 11. *D. de liberis & posthumis heredibus instituendis*; ante Paulum autem Plautus indicat *Trinummo* 2. 2. vers. 47. his verbis.

— — — Pater

Bene volo ego illi facere, si tu non nevis. PH. Nempe de tuo.

LY. De meo: nam quod tuum est, meum est: omne meum est autem tuum.

Cicero quoque *Verrina* 3. cum, Homo, inquit, improbiſſime, cur tantam injuriam P. Annio mortuo fecisti: cur hanc dolorem cinerie ejus atque ossibus inuisti, ut liberis ejus bona patria voluntate patris, jure, legibus tradita eriperes, & cui tibi esset commodum, condonares? quibuscum vivi bona nostra partimur, iis Prator adumere nobis mortuis bona fortunaſque poterit? Ut igitur cum filio filiaque familias pater, sic maritus cum uxore quæ in ipsius manu mancipioque est, jus cum divinum, tum humanum, communicat: id est, hereditatem & sacra familiaria. nam ista conjungi solere, manifestius est, quam ut ostendi necesse sit. Ut utrumque probat Dionysius Halicarnassensis, lib. 2. *Rom. antiq. c. 4.* de nuptiis confarreatis ita loquens, Lex autem hæc erat, mulierem nuptam quæ ex sacris legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium & bonorum & sacrorum participem esse. Et post, Uxor enim si pudica fuisset, & marito in omnibus rebus morem gessisset, erat familiae domina æque atque ipse vir, & in ejus defuncti bona, ut filia in patris, heres succedebat. Et si sine liberis & intestatus obisset, erat omnium bonorum relictorum domina: si autem liberos habuisset, ex æquo cum liberis particeps erat. Cæterum ad

utramque hanc communicationem quæ marito cum uxore liberisque intercedit, fortasse respicit hoc Ciceronis lib. 1. *De officiis. Prima societas in ipso est conjugio; proxima in liberis, deinde domus una, communia omnia.* Pamphili quoque illud huc transferam ex Terentii *Andria* 1. 5.

Te isti virum do, amicum, tutorem, patrem:

Bona nostra hæc tibi committo, & tua mando fidei.

Hanc mihi in manum dat.

Vides enim nuptias solemnes per conventionem in manum, ex hisce virum, adde amicum, id est, socium vitæ, præterea tutorem & patrem, ei bona magis committi, quam dari: quia Glycerium ejus in potestate mancipioque, & ut verbo finiam, ei in suis heredibus futura erat: quod est consentaneum Paulo d. l. 11. & reliquis allegatis locis. Sed nec aberrat ab illo Valerii apud Livium lib. 34. c. 6. ad fin. *Et vos in manu & tutela, non in servitio debetis habere eas, & malle patres vos & viros, quam dominos dici.* Tamen quod de tutela refertur his in locis, fere improprium est, & præter usum Jur. consultorum: servire autem cum mulier dicitur, non improprie dicitur. Nam & Virgilius sic lib. 4. *Aeneidos* vers. 103.

— — — *Liceat Phrygio servire marito,*

Dotaleisque tuæ Tyrios permittere dextra.

ibique Servius Honoratus. De filiofamilias idem Lactantius tradit lib. 4. *Divin. Inst. c. 3.* & de pupillo Paulus in epist. ad Galatas c. 4. §. 1. & seqq.

Hæc addenda credidi his quæ ad nuptiarum definitionem scripsere docti viri, ut rem obscuram haud paulo clariorem facerem.

C A P U T X.

Multum in puniendo desertore interesse, utrum cum necessitate, an ultro, sit reversus, aut per patrem oblatus. Arrius Menander correctus nove §. 13. l. 4. D. de re militari.

Placetne tibi scriptura ista & sententia Arrii Menandri §. 13. l. 4. *D. de re militari*?

Edicta Germanici Caesaris militem desertorem faciebant, qui diu afuisset, ut is inter remanentes haberetur: sed si ve redeat quis & offerat se, si ve deprehensus offeratur, pœnam desertionis evitat: nec interest, cui se offerat, vel a quo deprehendatur.

Non puto, placere extremo versu. patiar enim, desertori gratiam fieri: dum se ipse Præfidi, Tribuno, aut alii potestati, offerat; perve patrem offeratur: si is publice deprehensus sit, & cum necessitate reversus; pœnæ gratiam fieri numquam patiar. & qui possim, codes, talva militari disciplina: numquid futurum est, si deprehensus evitat pœnam; nec, a quo deprehendatur, refert: facile ut deserant legionum partes magnæ; pro desertore autem nemo puniatur: porro cui rei erit, desertioni imponi pœnam, adversus desertorem, si ve deprehensus, si ve oblatus, sit, non exercendam? Igitur, ne menda sit eo in versu, quam mœchus apud Plautum, manifestior, diluo & scribo.

Nec interest, cui se offerat, verum a quo deprehendatur.

Quam apte & probe! primum, Siglum hoc, V, (quod fuisse videri potest hoc in loco) utramque voculam,

id est, & vel & verum aut vero indicat apud Valerium Probum, Magnonem, & Diaconum. deinde Macer, & ipse e Menandro, meæ convenienter commendationi, in l. 13. §. ult. *D. eod. tit.* sic ait. Desertorem, qui a patre suo fuerat oblatus, in deteriorem militiam Divus Pius dari jussit, ne videatur, inquit, pater ad supplicium obtulisse. Item Divus Severus & Antoninus eum, qui post quinquennium desertionis se obtulit, deportari jusserunt, quod exemplum & in cæteris sequi nos debere, Menander scripsit. Hæc Macer. Verum cessio ego, ad probandam Menandri sententiam Menandrum testem adhibere? plane is l. 5. *D. eod. tit.* Non, inquit, omnes desertores similiter puniendi sunt: sed habetur & ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae, vel loci, muneris deserti, & antea acta vite: sed & numerus, si solus, vel cum altero, vel cum pluribus deseruit, aliudve quod crimen desertioni adjunxerit. Item temporis, quo in desertione fuerit, & eorum, quæ postea gesta fuerint. Sed & si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit ejusdem sortis. Idem Menander §. 3. & 4. ejusdem capituli. Desertor si in urbe invenitur, capite puniri solet: at ibi apprehensus ex prima desertione restitui potest; iterum deserendo capite punitur. Qui in desertione fuit, si se obtulerit, ex indulgentia Imperatoris nostri in insulam deportatus est.

CAPUT XI.

Natura jus immutabile. Justinianus §. XI. Instit. de jure natura, gentium & civili ex Seneca illustratus.

Quod vere, sed breviter, & ideo subobscurè, Imperator §. XI. *Instit. de jure natura, gentium & civili,*

Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.

Id, age, ex Veterum sententia paulo & plenius & clarius repraesentemus. Ea sententia est, Deum esse; eum fecisse jus naturae: fecisse enim mundum; fecisse autem summa providentia: & ideo sibi finem delegisse certum ob quem singula institueret: praeterea invenisse viam qua posset ad eum finem pervenire: absque enim his esset; non tam sapienter egisse, quam caeco impetu; at, si & finem invenit sibi, & viam, perducentem ad finem: ad exequenda ea obligari immutabili sive voluntate, sive necessitate nam dictu absurdum fore, Deum & vidisse semel, & probasse, quod deinde aut non videret, aut non probaret. Quod si est; neque placet, a sapiente fieri mutationem; nisi ut emendetur error qui ab initio irrepsit; vel ut tollatur quod postea inutile factum est; eaque in Deo non ferat ratio sapientiae qua usus est in mundi dispositione: jam apparere, jus naturae, id est, aut finem, aut viam, quam sibi optime & invenit, & delegit Deus, mutari neque

posse, neque debere. Id sane volunt Annaei Senecae lib. 6. *De beneficiis* c. 23. verba ista, si examines.

Non externa cogunt Deos; sed sua illis in legem aeterna voluntas est. Statuerunt, quae non mutarent. Itaque non possunt videri facturum aliquid, quamvis nolint; quia quicquid desinere non possunt, perseverare voluerunt: nec unquam primi consilii Deos poenitet. Sine dubio stare illis, & desciscere in contrarium non licet; sed ideo, quia vis sua illos in proposito tenet, nec imbecillitate permanent, sed quia non licet ab optimis aberrare, & sic ire decretum est.

Idem in praesentatione lib. 1. *Naturalium questionum.*

Tunc natura rerum gratias ago, cum illam non ab hac parte video, quae publica est, sed cum secretiora ejus intravi, cum disco, quae universi materia sit, quis auctor aut custos: quid sit Deus: totus in se intendat, an ad nos aliquando respiciat: faciat quotidie aliquid, an semel fecerit: liceat illi hodieque decernere, & ex lege factorum aliquid derogare, an majestatis diminutio sit, & confessio erroris, mutanda fecisse. Necesse est enim ei eadem placere, cui, nisi optima, placere non possunt. Nec ob hoc minus potens & liber est. Ipse enim est necessitas sua.

CAPUT XII.

Ulpianum l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione a Triboniano corruptum non esse, adversus Iacobum Rævardum. Sensus ejus capituli & quorundam aliorum.

Iacobus Rævardus, vir egregius & Jurisprudentiae veterumque elegantiarum non incuriosus fuit. is libro 4. *Variorum, sive de ambiguitatibus juris*, cap. 19. suspicatus est, Ulpianum l. 25. §. 1. *D. de contrahenda emptione* ad hunc scripsisse modum.

Qui vendidit, necesse habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spondit.

pro eo restituisse Tribonianum, *Qui vendidit, necesse non habet, & reliqua.* fuisse autem illi causam addendae negationis; quod Titulo Codicis, *De nudo jure Quiritium tollendo*, sublata est differentia rerum Mancipi & nec Mancipi; hodieque tantum valet nuda traditio, quantum olim in jure cessio, solemnisque Mancipatio. cæterum quamvis ea mutatio quidem defendatur satis Imperatoris Justiniani auctoritate; esse tamen Triboniani hoc peccatum negligentia, quod unica contentus negatione, non scripserit potius, *Qui fundum vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut nec cogitur, qui fundum stipulanti spondit.* abrogato enim jure antiquo, parum esse rationem promissi venditque fundi; & ideo in neutro, ut accipientis fiat, magnopere desiderari. Sic Rævardus.

Contra ego, si is faceret mihi gratiam consentiendi pro partibus suis, starem ab antiqua lectione: quam esse germanam Ulpiani scripturam cen-

seo; Triboniani vero neque corruptam manu, neque culpa. Ei sententiae mihi fundamentum ex Paulo aliquod: qui similiter lib. 1. *Sententiarum* tit. 13. §. 4. *Si id*, inquit, *quod emptum est, neque tradatur, neque Mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut Mancipet.* Duo, ut vides, designat: primum, ad Mancipandum, dein ad tradendum, & obligari venditorem: ad utrumque autem neque indistincte, neque semper: sed ut intersit, utrum Mancipio res vendatur; an id actum sit, ne Mancipio detur; postremo, utrum emptor eam dari stipulatus sit, an simpliciter contraxerit. Hæc Pauli sententia, hæc distinctio: quam Ulpianus tangit d. l. 25. §. 1. quippe vult, ei qui fundum vendidit, id est, simpliciter vendidit, non esse necesse, fundum emptori cedere in jure, aut Mancipare: sed sufficere, si eum vacuum tradat, & causam bonorum præstet: aliter, ac si venditor fundum dari spondit. nam tum non liberari traditione vacuæ possessionis; nisi in emptorem quoque transferat dominium ex jure Quiritium. Is verus sensus istius §. is sensus ne obscurus sit, accurabo: a posteriore initium facturum parte. Primum certum est, quod Ulpianus scribit lib. 11. *D. de actionibus empti & venditi.* In hoc (empti) judicio id demum deduci,

duci, quod prestari convenit: nam cum bona fidei sit id iudicium, nihil magis bona fidei congruere, quam id prestari, quod inter contrahentes convenit. Deinde dixi, oportere ei qui fundum sibi dari stipulatur, dominium dari ex jure Quiritium: non alia ratione, quam quod qui fundum dare spondet, plerumque fundi mancipationem, vel cessionem, spondet: id utique agit, ut dominium omnimodo fiat accipientis quoquo modo. Ulpianum audi l. 75. §. ult. D. de verborum obligationibus. Hac stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. Quid hic omnimodo? item quoquo modo? ut fundus in bonis stipulatoris sit ex jure gentium? minime: id enim vel ista concedit formula, *vacuam possessionem tradi*, amplior & efficacior illa, *fundum dari*: traditio enim vacuæ possessionis factum, licet non nudum, tamen factum, tamen tantum causam bonorum, habet l. 52. §. 1. D. eod. tit. datio autem etiam jus complectitur, & domini Quiritarii effectum indicat. vult igitur, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris. at id nuda traditione vacuæ possessionis nec omnimodo transit, nec quoquo modo: imo post eam manet apud promissorem, donec mancipetur ex jure Quiritium, vel in jure cedatur, vel usucapiatur legitimo tempore. Ne longe te differam, Ulpianus huc spectat in *Fragment. tit. 19. §. 1.* sic scribens. *Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit. In bonis tantum alicujus servus est, velut hoc modo. Si civis Romanus a cive Romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure cessus, neque ab ipso anno possessus sit. Nam quamdiu horum quid fiat, is servus in bonis quidem est; ex jure Quiritium autem venditoris est.* Dixi vim emptionis venditionis: in qua, ut fundus detur, expresse pactum conventum est, quid, si nihil convenit? ait Ulpianus l. 11. §. 1. & 2. D. de actionibus empti & venditi, *Tunc ea prestari, qua naturaliter insunt hujus judicii potestate. Et in primis ipsam rem prestare venditorem oportere; id est, tradere: quam rem, si quidem dominus fuit venditor, facere & emptorem dominum; si non fuit; tantum evictionis nomine venditorem obligare.* Hic locus nostram firmat sententiam: primum vult considerari id quod actum est, pariter ut nos ex d. l. 25. §. 1. deinde vult, venditorem, si nihil dictum sit, non ob-

ligari ultra, quam ad traditionem: tum addit effectum ejus rei, causam bonorum tribuere accipienti, sive, quod idem, dominium. Nec repugno: nam ut mancipatione, ut cessione, sic traditione, adquiri singularum rerum dominium, Ulpianus in *Fragmentis refert tit. 19.* sed dispari effectui: acquiritur enim res mancipatione, & cessione, ex jure Quiritium omnimodo & quoquo modo: traditione saltem hactenus, ut in bonis accipientis jure gentium sit, nec recedat a domino. Itaque accipiens Ulpianus in d. l. 11. §. 2. etiam in d. l. 25. §. 1. Vis, & Paulum addam: addam sane, ut liberem Tribonianum, non tantum culpa, sed & culpæ suspicionem. Verba Pauli in l. 1. D. de rerum permutatione. *Emptor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet; si merx, neutrius.* Igitur & in permutatione & in emptione, nisi dictum sit, ut mancipetur, vel cedatur fundus, id est, ut detur, & accipientis fiat, non requiritur. Quid, si stipulatus emptor sit, habere licere? forsan dubitari possit, quid præstandum sit: quia hæc formula & dominium juris Quiritium, & bonitarium, seu juris gentium, complectitur: ut Paulus indicat libro 33. ad Edictum, quo eum de empti venditque actionibus egisse, constat ex l. 1. l. 34. D. de contrahenda emptione l. 21. D. de actionibus empti & venditi. Verba Pauli ex eo libro in l. 188. D. de verborum significatione hæc sunt. *Habere duobus modis dicitur, altero jure domini, altero obtinere sine interpellatione, quod quis emerit.* Placuit tamen, venditorem, nisi aliter convenit, etiam hoc casu non ad dandum, sed ad tradendum, obligari. Et hoc clare Africanus l. 30. §. 1. D. de actionibus empti & venditi, sic scribens. *Quamvis alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat.* Illud quoque addam, Senecam tradere abusive dixisse pro dare, vel tradere nexu: ut Cicero in *Topicis* loquitur. Verba Senecæ De beneficiis lib. 3. c. 20. *Corpus est, quod domino fortuna tradidit. Hoc emit, hoc vendit: interior illa pars mancipio dari non potest.* Item ad Lucilium epist. 117. *Ager jure possidetur: sapientia natura, ille ab alienari potest, & alteri tradi: hac non discedit a domino.*

FINIS LIBRI II.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
PROBABILIUM
JURIS CIVILIS
LIBER TERTIUS.

CAPUT I.

*Quæ sit constans & perpetua voluntas, & quo spectet in justitia definitio-
ne apud Ulpianum l. 10. D. de justitia & jure. Stoicorum cum cæteris
indicata pugna, & sublata.*



Uæ est justitiæ definitio apud Ulpianum in l. 10. D. de justitia & jure, eam definitionem multis serio, pauci bene, explicant, ea gratia passus sum me induci, ut ornandam in præsentiarum hanc provinciam desumerem. sed quia in ea vetus atque antiqua lis est: visus sum recte atque ordine facturus; si ex Veteribus aliquos in consilium adhiberem; nec aliter, quam de consilii sententia, decernerem. prorsus sic agam, si primum Ulpiani verba adjecero: ea verba sunt. *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Cum ait, *constans & perpetua voluntas*; indicat, opinor: habitum: quem Cicero lib. 1. De inventione interpretatur: *Animi aut corporis constantem & absolutam aliqua in re perfectionem, ut virtutis, aut artis perceptionem alicujus, aut quamvis scientiam, & item corporis aliquam commoditatem, non natura datam, sed studio & industria comparatam.* Justitia igitur Ulpiano est, constans & absoluta perfectio, sive habitus, sed voluntatis, sive animi. hoc vero eo pertinet, ut justitia non qua actione, quamvis justa, sed voluntate juste agendi, eaque perpetua & constante, censeatur. nam si spes, aut metus, aut ambitio, hominem malum atque iniquum invitet ad æqui bonique observantiam; non is idcirco boni viri personam nomenque accipiet: & contra, si quis humanus error aut impetus eo quo nolit, auferat virum bonum; nec is ideo talis esse desinet atque injustus fiet. neuter enim quod facit, voluit; sed ad id quod noluit, alter spe, aut metu, aut ambitione, alter errore, aut necessitate, abreptus fuit. Ita refert (quod Aristoteles scribit lib. 5. De moribus cap. x.) inter actionem justam & quæ juste fit, item inter actionem injustam & quæ injuste fit; altera fortunæ, altera constantis animi, est: altera injusto, altera justo, homini convenit. Ad prius spectat Seneca, Epist. 94. Verba Senecæ. *Omnia ista mihi locus de justitia tradidit. illic invenio aequitatem per se expetendam, nec metu nos ad illam cogi, nec mercede conduci; non esse justum, cui quidquam in hac virtute placet, præter ipsam.* Et Aristoteles lib. 2. De moribus cap. 3. *Quæ, inquit, ex virtutibus aguntur, non*

se ea cujusdam modi sint, juste aut temperanter aguntur; sed si is quoque qui agit, quodammodo conformatus agat: ac primum quidem si sciens: deinde si consilio capto, & consilio propter ea ipsa capto: postremo, si firma, perpetua, & constante voluntate agat. Ad posterius, nescio, an alludat illa Phædræ excusatio, apud Senecam Tragicum in Hippolyto.

--- Qua memoras, scio

*Vera esse, nutrix; sed furor cogit sequi
Pejora. Vadit animus in præceptis sciens,
Remeatque, frustra sana consilia appetens.
Sic cum gravatam navita adversa ratem
Propellit unda, cedit in vanum labor,
Et victa prono puppis aufertur vado.
Quod ratio poscit, vincit, ac regnat furor.*

Stoici aliter: quippe ipsis, ut Cicero testis est in Paradoxis, *Una virtus est consentiens cum ratione, & perpetua constantia. nihil huic addi potest, quo magis virtus sit, nihil demi, ut virtutis nomen relinquatur.* Idem Seneca indicat epist. 130. sed plenius. Verba Senecæ. *Idem erat semper & in omni actu par sibi: jam non consilio bonus, sed more eo perductus, ut non tantum recte facere posset, sed, nisi recte, facere non posset. Intelleximus in illo perfectam esse virtutem. Hanc in partes divisimus. Oportebat cupiditates refranari, metus comprimi, facienda provideri, reddenda distribui. Comprehendimus temperantiam, fortitudinem, prudentiam, justitiam, & suum cuique dedimus officium. Ex quo ergo virtutem intelleximus? Ostendit illam nobis ordo ejus, & decor, & constantia, & omnium inter se actionum concordia, & magnitudo super omnia efferens se.* Quid igitur? Stoici omnem virtutem parem faciunt: sed & omnem (ut Cicero inquit lib. 4. De finibus) putant insipientiam, injustitiam, alia vitia similia esse, omniaque peccata esse paria, eosque qui natura doctrinaque longe ad virtutem processissent, nisi eam plene consecuti essent, summe esse miseros, neque inter eorum vitam, & improbiſſimorum quidquam omnino interesse; ut Plato, tantus ille vir, si sapiens non fuerit, nihilo melius, nec beatus vixerit. Sic Stoici. Qua ratione? ea, quam reddit Cicero in Paradoxis, *Quidquid, inquit, peccatur, perturbatione peccatur rationis atque ordinis; perturbata autem ratione semel & ordine,*

nihil

nihil possit addi, quo magis peccari posse videatur. Sed hoc rectius fortasse ostendam similitudine quam idem Cicero adfert eodem loco, verbis istis. Est peccare tanquam transire lineas: quod cum feceris, culpa commissa est: quam longe progrediare, cum semel transferis, ad augendam transeundi culpam nihil pertinet. Tamen ea Stoicorum sententia, etsi verbis ab Ulpiano plurimum recedat; in eandem cum illo viam redit: si pœnam, si rempublicam, si humanitatem, spectes. hoc certe idem Cicero paulo post in *Paradoxis d. loc. & d. lib. 4. De finibus* memorat: sed posteriorem locum adscripsisse suffecerit. is locus sic habet. *Hec cum magnifice primo dici viderentur, considerata minus probantur. Sensus enim*

cujusque, & natura rerum, atque ipsa veritas clamabat quodammodo, non posse adduci, ut inter eas res, quas Zeno exequaret, nihil interesset. Homo igitur acutus causam non obtinens, repugnante natura, verba versare cœpit, negatque, Platonem, si sapiens non sit, eadem esse in causa, quæ tyrannum Dionysium: huic mori optimum esse propter desperationem, illi propter spem vivere. Peccata autem partim esse tolerabilia, partim nullo modo, propterea quod alia peccata plures, alia pauciores quasi numeros officii præterierint. Jam insipientes alios ita esse, ut nullo modo ad sapientiam possent pervenire, alios, qui possent, si id gessissent, sapientiam consequi. Hic loquebatur aliter atque omnes, sentiebat idem, quod ceteri.

CAPUT II.

Quemadmodum jus suum cuique tribuendum sit. Ulpianus & Tryphoninus expositi d. l. 10. D. de justitia & jure. l. 31. D. Depositi. l. 4. §. 1. D. Familiae erciscundæ. l. 12. §. II. D. Mandati vel contra.

Dixi, quæ sit Ulpiano constans & perpetua voluntas. Dicam, quid ei sit, jus suum cuique tribuere, id enim utrum simpliciter, an distincte, & quemadmodum, cuique tribuendum sit, satis expeditum non est; ubi justitiam generaliter vocat, constantem & perpetuam voluntatem jus suum cuique tribuendi. Putem tamen, petenti suum non simpliciter neque semper, tribuendum esse. quid enim si ipsi, quid si publicæ utilitati, nociturum sit? num æquum bonum erit, quod petentis esse hominum inscientia opinatur, id ei ut imprudenter permittatur? Sed probo, ut suum cuique tribuatur, tam suum humanæ conjunctionis societati, quam privato, quod ejus dicitur, dandum esse, magisque in hoc concursu id agendum videri, ut sua constet innocentiae, ut veritati, tum communi utilitati, ratio; quam ejus qui stulte suum petit libidini nimiae, atque infano affectui, serviat. Hoc apud Veteres quam egregie Seneca lib. 4. De beneficiis c. x. *Depositum*, inquit, reddere, per se expetenda res est: non tamen semper reddam, nec quolibet loco, nec quolibet tempore. Aliquando nihil interest, utrum inficier, an palam reddam. Intuebor utilitatem ejus, cui redditurus sum, & nociturum illi depositum negabo. Sic Seneca. Quid Cicero? inquit lib. 3. De officiis. Promissa non facienda nonnunquam, neque semper deposita reddenda sunt. Si gladium quis apud te sanæ mentis deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, non reddere officium. Quid si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriæ, redde ne depositum? Non credo: facies enim contra rempublicam, quæ debet esse carissima. Sic multa, quæ honesta videntur esse, temporibus sunt non honesta: facere promissa, stare conventis, reddere deposita, commutata utilitate sunt non honesta. Locus elegans, sed cui par qui proxime sequitur ex ejusdem lib. 1. De officiis. Incidunt sæpe tempora, cum ea, quæ maxime videntur digna esse justo homine, eoque, quem virum bonum dicimus, commutantur, fiuntque contraria, ut non reddere depositum, (etiam ne furioso?) promissum facere, quæque pertinent ad veritatem & ad fidem, ea migrare interdum, & non servare sit justum. Referri enim decet ad ea, quæ proposui in principio, fundamenta justitiæ, primum, ut ne cui noceatur, deinde, communi utilitati serviat. Ea cum tempore commutantur, commutatur officium, & non semper est

idem. Potest etiam accidere promissum aliquod & conventum, ut id effici sit inutile vel ei, cui promissum sit, vel ei, qui promiserit. Nam si, ut in fabulis est, Neptunus, quod Theseo promiserat, non fecisset, Theseus filio Hippolyto non esset orbat. Ex tribus enim optatis, ut scribitur, hoc erat tertium, quod de Hippolyti interitu iratus optavit: quo impetrato, in maximos luctus incidit. Nec promissa igitur servanda sunt ea; quæ sine iis, quibus promiseris, inutilia: nec si plus tibi noceant, quam illi prosint, cui promiseris. Contra officium est, majus non anteponi minori; ut si constitueris te cuipiam advocatum in rem præsentem esse venturum, atque interim graviter agrotare filius caperit, non sit contra officium, non facere, quod dixeris: magisque ille, cui promissum sit, ab officio discedat, si se destitutum queratur. Jam illis promissis non standum esse quisque non videt, quæ coactus quis metu, aut deceptus dolo promiserit, quæ quidem pleræque jure prætorio liberantur, nonnulla legibus. Hactenus Cicero: manifeste ostendens, nihil esse æque conveniens officio boni & justi viri, quam jus suum cuique tribuere: non tamen semper, neque indistincte, sed cum exigentis utilitas, aut alioquin ratio humanæ societatis, postulat: eamque exceptionem idem Cicero ad justitiæ definitionem commode adjecit lib. 2. De inventione, & lib. 5. D. finibus. Verba Ciceronis ex libro secundo hæc sunt. Justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem. Ex libro autem quinto ista. Justitia est animi affectio, suum cuique tribuens, & hanc societatem conjunctionis humanæ munifice & æque tuens. Et congruenter Ciceroni Tryphonius in l. 31. D. Depositi. Bona (inquit) fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat. sed eam utrum æstimamus ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus & prætoriis, veluti reus capitalis judicii deposuit apud te centum, is deportatus est, bona ejus publicata sunt, utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale jus & gentium intuemur, ei qui dedit, restituenda sunt. Si civile jus & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet, & reliqua. Plane, ut Tryphoninum sic Ulpianum, justitiæ quoque ad præcepta civilia, non utique ad merum jus gentium, exegisse, ex Fragmento

eius quodam accepi quod est in l. 4. §. 1. De Familia eriscunda. Ait ibi, mala medicamenta & venena quidem in iudicium familiae eriscundae venire; sed iudicem se in his non debere interponere haecenus, ut inter coheredes exemplo ceterarum rerum dividantur; verum ut corrumpantur. Id an iuste? est enim suum cuique tribuendum. Sed pulchre respondet, boni & innocentis viri officio eum fungi oportere: nec igitur peccandi causam malis moribus praestare. Addit, tantumdem debere facere in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his similibus: nam hos protinus corrumpendos esse. Id vero quid aliud est, quam, quod dictum supra, iustitiam suam cuique non simpliciter, neque semper, tribuere; sed ita, ut non distrahatur ab ulla humanitatis, dicam, an societatis utilitatisve publicae, iustiore contemplatione? Macrobius in Somnium Scipionis lib. 1. c. 8. hoc ita expressit. *Iustitia est servare unicuique, quod suum est. De iustitia veniunt innocentia, amicitia, concordia, pietas, religio, affectus, humanitas. His virtutibus vir bonus primum sui, atque inde reipublicae rector efficitur, iuste ac providè gubernans humana, divina non deserens. Sed & illud huc spectat, quod pie & sapienter Ulpianus l. 12. §. 11. D. Mandati ait. Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: qui simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed & si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit. Forte expectabis, ut ejus loci elegantiam æquitatemque exponam. Sed quid, si interpretem tibi allegem Senecam? videtur enim omnino allusisse Ulpianus ad librum ejus secundum De beneficiis c. 14. cujus hæc verba sunt. Sunt quadam nocitura impetrantibus, quae non dare, sed negare beneficium est. Estimabimus i-*

taque utilitatem potius, quam voluntatem petentium, Sape enim noxia concupiscimus, nec dispicere, quam perniciofa sint, licet; quia iudicium interpellat affectus: sed cum subedit cupiditas, cum impetus ille flagrantis animi, qui consilium fugat, cecidit, detestamur perniciosos malorum munerum auctores. ut frigidam agris negamus, & lugentibus ac sibi iratis ferrum, aut amantibus, quidquid contra se usurus ardor petit; sic ea, quae nocitura sunt, impense ac submisce, nonnunquam etiam miserabiliter rogantibus perseverabimus non dare. Tum initia beneficiorum suorum spectare, tum etiam exitus decet, & ea dare, quae non tantum accipere, sed & etiam accepisse delectet. Multi sunt, qui dicant: scio hoc illi non profuturum. sed quid faciam? rogat; resistere precibus ejus non possum. viderit: de se, non de me queretur. Falsum est; imo de te, & merito quidem: cum ad mentem bonam redierit, cum accessio illa, quae animum inflammabat, se remiserit. Quidni eum oderit, à quo in damnum ac periculum suum adjutus est? Exorari in perniciem rogantium seiva bonitas est. Quemadmodum pulcherrimum opus est, etiam invitos nolentesque servare, ita rogantibus pestifera largiri blandum & affabile odium est. Beneficium demus, quod usu magis ac magis placeat, quod nunquam in malum vertat; pecuniam non dabo, quam numeraturum adultera sciam, ne in societate turpis facti aut consilii inveniar. Si potero, revocabo: sin minus, non adjuvabo scelus. Sive illum ira, quo non debeat, impellit, sive ambitionis calor abducit à tutis, non committam, ut possit quandoque dicere, ille amando me occidit, Sape nihil interest inter amicorum munera & hostium vota. Quidquid illi accedere optant, in id horum in tempestiva indulgentia impellit, atque instruit. Quid autem turpius, quam quod evenit saepe, ut nihil intersit inter odium & beneficium?

C A P U T III.

Marcianus emendatus l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis.

Vulgo Marcianus l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis ita legitur.

Exilium triplex est, aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum (interdicatur) præter certum (locum,) aut (in) insula vinculum, id est, reformatio in insulam.

Haloander edidit. *Aut lata fuga, ut omnium locorum præter certum locum. & reliqua.* Ruffardus ad oram editionis suae adjecit. *Ut lata fuga aut omnium.* Cujacius vero ad Paulum lib. 5. Sentent. tit. 14. hoc emandavit modo. *Aut certi loci interdictio, id est, lata fuga, aut omnium locorum interdictio præter certum locum.* Sed aut aberrat animus meus, aut in his tantum duas species invenit; alteram certorum, alteram omnium, locorum interdictionem, præter certum. Qui igitur triplex exilium; cum duplex adferatur? ego vereor, ne per luxationem corruptionemve particularum ut & aut pro verbo duplex proximum triplex sit suppositum: scriptura, si ad Sigla respicias, parum diversa & prope eadem: siquidem illud duplex sic dp. istud autem triplex ita tp. notari solitum fuit; ut me docuit Petrus Diaconus in sequentibus literis, CCCDP. quas, trecentum duplex, interpretatur; litterarum autem d & t, si paulum flecta transversam obliquamve lineam, quam levis & parva, si

spectes usum, quam frequens ac pene quotidiana, mutatio est? possem ego hanc pluribus ostendere; sed, quia olim tradita à Radulpho Fornerio lib. 1. Rerum quotidianarum c. x. non lubet actum agere, nec vacat. Quintilianum tamen adscribam: quem non allegat Fornerius. Verba Quintiliani ex lib. 1. Inst. orat. c. 4. p. 33. Quid T litera cum D quadam cognatio? Quare minus mirum, si in vetustis operibus urbis nostra & celebribus templis legantur Alexanter & Cassandra. Igitur restituo & lego.

Exilium duplex est, aut certorum locorum interdictio, ut lata fuga, aut omnium locorum præter certum locum, ut insula vinculum, id est, reformatio in insulam.

Sensus, Formas exilii, sive relegationis, sive (ut Ulpianus eam vocat l. 4. D. Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit) exilii salva civitate: nam de isto tantum exilio loquitur Marcianus hoc quidem in loco; non etiam de exilio quod civitatem tollit ut interdictione aquae & ignis, aut deportatione: ne putes. sensus, inquam, Marciani est, formas exilii seu relegationis duas esse: unam certorum locorum interdictionem, ut si lata fuga permittatur: alteram omnium locorum, præter certum interdictionem, in qua est insulae vinculum: sive in insulam reformatio. Is sensus est; sed Ulpiani

Ulpiani verbis confirmandus quæ sunt l. 7. D. eod. tit. Verba Ulpiani.

Relegatorum duo genera sunt, quidam, qui in insulam relegantur, sunt qui simpliciter, ut provinciis eis interdicitur, non etiam insula adsignetur.

Potestne magis lacti lac, aut ovo ovum, quam Marciano, sed emandato, Ulpianus respondere? hoc vult, relegato aut quibusdam locis interdici, aut omnibus, præter certum: id est, eum aut aditu quorundam locorum prohiberi, aut exitu; duasque has exilii summas adjectis exemplis definit: quod nostris familiare fuisse, nil opus est, ut probem. Formæ igitur exilii seu relegationis non tres, sed duæ, sunt: partes atque exempla utriusque formæ multa habentur: denique est omnium locorum, præter certum, interdictio; sive quis in insulam relegatur, ut d. l. 7. sive ita, ne patriam, neve civitatem certam, aut regionem, neve domum suam, excedat: quæ exempla sunt l. 7. §. 8. & 9. & 19. eod. tit. apud Suetonium quoque in Tiberio c. 50. Verba Suetonii. *Julia uxori tantum absuit, ut relegata, quod nimis est, officii aut humanitatis aliquid impertiret, ut ex constitutione patris uno oppido clausam, domo quoque egressi, & commercio hominum frui vetuerit.* Contra, si cui Roma & continentibus ejus, si cui provincia, si cui insulis, si patriæ territorio, aut muris, aut aliqua civitate, interdicitur; (uti in d. l. 7. §. 16. & l. 14. eod. tit.) certorum locorum interdictio, id est, lata fuga est: quam Vulcatius Gallicanus in Avidio Cassio c. 9. vocat liberam evagandi, ubi vult exul, potestatem: Capitolinus in Antonino Philosopho c. 26. appellat exilium liberum, & liberam vagandi potestatem. Quod ideo monendum fuit: ne quis liberum exilium à libera vagandi potestate separaret, cum Budæo in Notis reliquis ad l. 19 §. eventus D. de pænis: atque ea gratia Marcianum in medio membro corruptum mutilatumve esse, imprudenter suspicaretur. haud enim vidit Budæus, (quod frequens illis auctoribus, & à Salmasio, in Notis ad hunc Capitolini locum, observatum est) eum diversorum auctorum verba, ut ea forte repererat, sine delectu congeffisse, & eandem rem iterum aliis verbis enarrasse. Sed hoc ultro se ostendit, si ad Vulcatium Gallicanum d. loc. tum ad Orationem ipsam Antonini Philosophi quæ huc apud Gallicanum spectat, diligentius examinetur. Igitur apparet, latam fugam Marciano esse, liberam fugam, seu liberum exilium, liberam vagandi potestatem, ubi velit relegatus; dum modo abstineat à loco illo, à quo arceatur interdictio. itaque accipienda quoque apud Ammianum Marcellinum lib. xix. cap. xix. quamquam aliter eum interpretatur vir eruditissimus, Henricus Valesius. Verba Ammiani sunt. *Ductus est itaque inter primos Simplicius Philippi filius, ex Præfecto & Consule reus hac gratia postulat, quod*

super adipiscendo interrogasse dicebatur imperio: perque elogium Principis torqueri præceptus, qui in his casibus nec peccatum aliquando pietati dederat, nec erratum, fato quodam arcente, corpore immaculato lata fuga damnatus est. Atque hæc est simplicissima & verissima Marciani sententia; cum præsertim fuga pro exilio salva civitate, id est, de relegatione optime dicatur: ut apud Ovidium lib. 2. Tristium, quum de relegatione sua ita loquitur.

Nec mea decreto damnasti facta Senatus,

Nec mea selecto iudice iussa fuga est.

Quod observari velim; simul exilium, quod iterum moneo, à Marciano in d. l. 5. non accipi pro interdictione aquæ & ignis seu deportatione; (et si sciam, alias eo sensu accipi in l. 2. D. de publicis iudiciis, & apud Ovidium lib. 5. Tristium eleg. xi.) sed pro nuda interdictione aut certorum locorum, aut omnium præter certum locum; ut ipsa sonant Marciani verba: id est, pro relegatione seu exilio salva civitate; quo sensu sumitur apud Ulpianum d. l. 4. D. Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit, apud Capitolinum d. loc. & in illo Ovidii lib. 1. Tristium eleg. 1.

Vade, sed incultus, qualem decet exulis esse.

Infelix habitum temporis hujus habe.

Quod si est; sane dubito, an Marciani mentem infeciliter sectetur vir amplissimus, Ulricus Huberus, Frisiorum Curia Exsenator, part. 2. Digressionum lib. 1. c. 24. quum illam quærit via plane diversa, eaque vult ostendere, in lectione Florentina nihil fuisse à me mutandum; sed ita ut nostras, sensum Marciani esse rectum & juridicum, præterea, quod Ulpianus in d. l. 7. in pr. scribit, *Relegatorum duo genera esse*, nihil commune habere cum Marciani divisione exilii: cujus significationem clarissimus ille vir putat latiore esse: neque adeo inde, quod quidem mihi visum est, pro triplex esse legendum duplex. Quamquam miror, eundem virum amplissimum qui negat, mihi causam esse mutandæ Florentinæ lectionis, in asserenda ea sibi non constare; sed scribere in fine d. capitis 24. Si quis tamen suspectam in Marciani loco habeat Tribonianum manum; ei se non magnopere esse reluctaturum. nam sic videtur, mea quidem sententia, aliis verbis dicere, Marciani scripturam, quia corrupta est, jure à me aut emendatam, aut certe tentatam, esse; ab ipso autem eam scripturam, quam fatetur vitiatam, neque serio, neque jure, defendi, quin vereor quoque, ut vir ille clarissimus habeat causam vel probabilem, cur magis Triboniano imputet scripturæ vitium, quam imprudentiæ Librarii, aut ejus aut alterius: maxime cum nulla fuerit Triboniano ratio mutandæ lectionis: ubi Jus Justinianum ab eo quod obtinuit Marciani tempore, non discreparet.

CAPUT IV.

Creditor an & quando rei debita fur aut prado sit? l. 9. C. de acquirenda possessione emaculata, Virgilii elegans locus adductus.

Titius debitam sibi rem propria auctoritate abstulit; an furtum fecit? Et puto, si lucto studuit; furtum fecisse; sin, ut jus suum tueretur, affectavit, etsi improbe egit, tamen, quia animus lucrandi absuit, non commisisse furtum. Ne multis opus sit, id exemplo clarum reddam. Titius caprum emit; eumque emptum subripuit: interest, utrum soluto pretio subripuerit, an non soluto. nempe, quia res vendita, quamdiu pretium non est solutum, pro pignore apud venditorem remanet l. 13. §. 8. D. de actionibus empti & venditi; post solutum pretium non sic remanet. altero igitur casu laborasse videtur Titius, aut venditorem aut pretio suo fraudaret, aut pignore, ex eaque injuria lucrum faceret:

altero casu magis fecit, ut haberet possessionem quam ei actione ex empto dari oportebat: quo in genere lucrandi fraudandique animus cessat; nec furtum cum ratione appellari potest: ut bene Ulpianus tradidit *l. 14. §. 1. D. de furtis*: & Virgilius in simili sensit in *Bucolicis*, *Eclog. 3.* ubi Damœtas furti suspicionem cuius à Menalca insimulabatur, à se victoriæ fermo titulo amolitur. Locus Virgilii talis est.

ME. *Non ego te vidi Damonis, pessime, caprum
Excipere insidiis, multum latrante Lycisca?
Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille?
Tuyre, coge pecus: tu post carecta latebas.*

DA. *An mihi cantando victus non redderet ille
Quem mea carminibus mernisset fistula caprum?
Si nescis, meus ille caper fuit, & mihi Damon
Ipse fatebatur; sed reddere posse negabat.*

Furtum igitur capri nec Damœtas apud Virgilium, nec emptor apud Ulpianum, fecit; postquam pretium solvit: caprum tamen uterque præter voluntatem domini inciviliter occupavit; & ideo prædo non male appellabitur. Hoc Paulus docet *l. 5. D. de acquirenda vel amittenda possessione*. Addo Imperatores, Diocletianum & Maximinianum, *l. 9. C. eod. tit.* ut sanem eorum verba quibus, nescio, quid est mali imprudente objectum manu. Verba Imperatorum fere ita eduntur.

Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest: ac multo minus is, qui observatione falsa velut emp-

tor, cum sine obligatione pignoris pecuniam mutuo dedisset, fundum irrumpens alienum, retinendi justam causam habet.

Sic vulgo. Alias ita legi Accursius in Glossa auctor est *lit. E.*

Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, probe retinere potest. & reliqua.

Sed & hoc male & illud. quamquam, si posterius placet, nihil sollicito, præter comma quod verbo adeptus subjicitur, transfer, & pone post verbum sequens, probe: ut sit. *Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus probe, retinere potest.* Sin magis prior scriptura arridet; interpungo itidem: sed hoc plus censeo, pro voce ista, non, legendum modo: id est, tamen, detracta tantum, non dicam literula una, sed lineola: solet enim, ut Petrus Faber meminit *lib. 1. Semestrium c. 14.* altera vox ita scribi nō, altera sic mō. Leges igitur, si videtur, meo periculo. *Nec ex vera venditione possessionem, quam modo fuerat emptor adeptus improbe, retinere potest.* Possis & ita legere, conjuncta utraque scriptura. *Nec ex vera venditione possessionem, quam modo fuerat emptor adeptus imPROBE retinere potest: id est, quam modo fuerat emptor adeptus improbe, probe retinere potest.* Quod sequentibus respondet, & ab iisdem Imperatoribus in *l. 7. eod. tit.* hoc modo exprimitur. *Improba possessio firmiter titulum possidenti præstare nulum potest.*

CAPUT V.

Quando & ubi in criminalibus causis de servis adversus dominos habeatur questio. Pars prior l. 1. C. de questionibus vindicata a menda & exposita.

Experiar hoc & lequente capite, an forte quem pacare verbal. *l. 1. C. de questionibus*, quæ levi ex causa tumultuantur insanum in modum. Sed prius ipsa verba adscribam.

Questionem de servis contra dominos haberi non oportet: exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus, & crimine majestatis, quod ad salutem Principis pertinet. In cæteris autem quanquam ea, quæ servus contra dominum dixit, judicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur, præscriptionis invidia evanescit. In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse, manifestum est.

Primum negant Imperatores, æquum bonum esse, servos in criminibus adversus dominos torqueri. Deinde excipiunt, nisi sit accusatio adulterii, aut fraudati census, aut crimen perduellionis. Tum rursus scribunt, in cæteris ea quæ servus contra dominum dixit, judicaturi sententiam non formare, nisi aliis quoque modis fides veritatis investigetur. Id vero nonne idem est, ac si de servis questionem contra dominos permitterent, cum eam de servis contra dominos exerceri prohibent? non enim dubium est, quin ne in exceptis quidem causis ante fiat questioni locus, quam si fides veri aliis quoque probationibus adstruatur. saltem cautum ab Augusto est, in eruendis criminibus neque à tormentis esse incipiendum, neque adeo fidem questioni habendam, sed & Hadriani epistola ad Sen-

nium Sabinum continetur, ad tormenta servorum tum demum veniri oportere, cum suspectus est reus, & aliis argumentis ita probationi admoveatur, ut sola servorum confessio deesse videatur *l. 1. pr. & §. 1. D. de questionibus*. Quamobrem si vera est Imperatorum lectio in *d. l. 1. C. de questionibus*: forassis verendum fuerit; ne ipsis accesserit delirium, aut libido in re seria ludendi: non enim ex animo quisquam neget, servos in criminibus interrogari, præterquam in adulterio, fraudato censu, & perduellione; cum in cæteris questionem patitur, simul alia eunti patet ad verum semita. Tamen, ne quid temere derogetur Imperatoriæ majestati, derogabo potius receptæ lectioni. Extat vitium in verbis istis, *in cæteris*. scripsere Imperatores, *in eis*, id pro Nota acceptum ob deteriore scripturam, & voculam autem, quæ falso licet, falso tamen quod adversari crederetur, levi mutatione transit in sequentes litteras, *in cæteris*: tolet enim *cæterum*, si Diacono credimus, apud Veteres notari hoc modo *cir*, item isto *ctr*. Igitur corrigo & scribo, *in eis*. ita composita pugna; sensusque optimus, Questionem de servis contra dominos in criminibus nullo jure exerceri; præterquam in adulterio, fraudato censu & crimine majestatis: in istis enim, vel in istis igitur (*autem* sic accipio: ut apud Papinianum *l. 10. D. de diversis temporalibus præscriptionibus*, apud Marcianum *l. 65. §. 4. D. de legatis lib. 3.* & alibi) in istis enim, inquam, vel in istis igitur criminibus, quamquam ea quæ servus contra dominum edidit per tormenta, judicaturi

dicatur sententiam sola formare non debeant; tamen, si aliis quoque probationibus veritatis investigetur fides, præscriptionis invidiam evanescere: hoc est, quamquam servi in cæteris criminibus neque interrogari debeant adversus dominum, quum is haud levibus argumentis premitur; neque, si interrogati sint, responsione sua dicturi sententiam consilium instruant: tamen aliud est in crimine adulterii, item perduellionis, sed & census fraudati accusatione: in eis enim, si tum interrogentur servi, cum etiam aliter veritati fides est, præscriptionis

invidia evanescit: si, inquam, aliter veritati fides est; nam in his quoque si servi torri sint sine aliis probationibus, sola eorum confessio iudicatur ad domini condemnationem non sufficit. Nec tamen ignoreo, dominum a servo suo ultro deferri posse in crimine fraudati census & perduellionis *l. 53. D. de iudiciis. l. 20. C. de his qui accusare non possunt. l. 6. C. de delatoribus*. Sed id neque huc pertinet, neque de adulterio usquam proditum est; etsi hic de adulterio æque sermo sit, ac de fraudato censu & perduellione.

CAPUT VI.

1. *Quando in causis pecuniariis tormenta servorum adversus dominos adhibeantur? Earum cum criminibus comparatio. Sententia & lectio posterioris partis d. l. 1. C. de questionibus. 2. & 3. Ibidem inopia probationum quid sit, ex Apulejo atque Ovidio singulariter demonstratum. Cujacii rejecta emendatio. Leonini item Robertique sententia. Defectus probationum quando sit? Quando aliter veritas inveniri, aut aliter illuminari non possit, quam per tormenta? Scrupulus ex compluribus locis exemptus. 4. Jusjurandum, quod suppletorium vulgo vocant, quando a iudice deferri soleat? Illustrata l. 3. C. de rebus creditis & jurejurando. item l. 31. D. de jurejurando. Francisci Duareni & Hugonis Donelli laudata ac firmata sententia.*

1. **P**osterior pars *l. 1. C. de questionibus* sic habet.

In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est.

Hæc recepta lectio est, & Johanni Roberto *lib. 2. Receptarum lectionum c. 18.* atque Elberto Leonino *lib. 6. Emendationum c. 19.* placet. Cujacius *lib. 2. Observat. c. 33. & lib. 20. c. 28.* mavult ex inopia, itaque legitur apud Gratianum *c. questionem 12. q. 2.* Sed verior mihi videtur scriptura, nec inopia. primum, quia generaliter ait Ulpianus in *l. 1. §. 16. D. de questionibus*, Severum rescripsisse, questionem de servis contra dominos neque haberi debere, neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruere. igitur una Severo fuit criminalium civiliumque causarum regula: quam & Gordianus probat *l. 6. C. eod. tit. & Paulus, lib. 5. Sententiarum, tit. 14. §. 5.* sed, quam Ulpianus, uterque plenius. Verba utriusque adscribenda curavi. Ea verba ex Paulo sunt: *Servi in caput domini neque a Praside, neque a Procuratore, neque in pecuniariis, quam in capitalibus causis interrogari possunt.* Hæc ex Paulo: ex Gordiano ista sunt. *Prædemptum placuit, domestica servorum interrogatione in causis ad dominos pertinentibus abstinendum esse; ut neque de his, neque adversus eos in capitalibus, vel pecuniariis questionibus veritatis vim obtinere possit, quod in confessionem ab eis deductum fuerit.* Id primum noto ac moneo. proximum est quod a criminalibus adulterium, fraudatus census, & perduellio, cum paucis aliis, excipitur *d. l. 1. C. de questionibus*; item in pecuniariis, si servus magis in se, aut de suo facto, quam in dominum, pro domino, rogatur *l. 12. l. 15. C. eod. tit. l. 7. D. de probationibus*. Paulus *d. tit. 14. §. 1.* si de rebus hereditariis, vel fide generis; si pro successione domini quaeritur, non contra dominos cæteros filios, quaestioni locum esse, ratio æquitatis ostendit *l. 17. §. 2.*

Noctæ Operum Tomus I.

D. de questionibus. Paulus *d. lib. 5. tit. 14. §. 2.* Jam ut in illis quæ a criminalibus excipiuntur, tum demum rogatur servus adversus dominum; cum hic probabilibus, & prope certis, atque evidentibus, argumentis urgetur: sic nec in istis quidem quæ a civilibus separantur, aliter quaestio habetur, quam inopia probationum; in cæteris autem quæ ad regulam utriusque generis spectant, ne inopia, id est, ne tunc, quidem tormentis locus est, ubi dominus verisimilibus & velut certis indiciis premitur.

2. Itane? inquiet aliquis: inopia tibi est, cum indicia ad probationem gravia & prope certa? nugæ. ad nostros spectæ: his inopia est; cum veritas aliis probationibus illuminari *l. 12. C. de questionibus*, aliterve inveniri non potest, quam per tormenta *l. 9. l. 18. §. 4. D. eod. tit.* Paulus *d. lib. 5. Sententiarum tit. 14. §. 2.* cum alia probatio ad eruendam veritatem non est *l. 7. D. de rebus, cum deficit probatio l. 7. D. de probationibus*. Quid dicam? quod *lib. 1. c. ult. num. 14. & seq.* verba hæc & similia sæpe latius apud Veteres usurpari; & ut vulgo ajunt, magis secundum quid, quam simpliciter, accipi: igitur inopiam, defectumve, appellari, quotiens non liquida, verum dubia & anceps, causa est: item negari, veritatem aliter inveniri, quoties ea aliter non omnino, nisi per tormenta, invenitur, ut enim omittam, olim Divum Augustum constituisse, non esse a tormentis incipiendum, neque adeo fidem quaestioni adhibendam: ut omittam, Divum Hadrianum Sennio Sabino rescripsisse, ad tormenta servorum ita venire demum oportere, cum suspectus est reus, & aliis argumentis ita probationi admoveatur, ut sola servorum confessio deesse videatur *l. 1. §. 1. & 2. D. de questionibus*: nonne hic unum id suffecerit quod egregie Paulus in *l. 20. D. eod.* hoc refert sensu: Maritus quidam, heres uxoris suæ, petebat a Suro pecuniam, quasi ab ux-

ore apud eum depositam, se absente: & in eam rem testem unum producebat; & quaestionem de ancilla haberi desiderabat. contra negabat Surus, se accepisse pecuniam; negabat quoque, admitti unius hominis testimonium, & a quaestionibus incipi; etsi aliena ancilla foret, nedum propria. quid sit admissa quaestio, & habita: deinde appellatum ad Imperatorem. is ubi cognovisset: pronuntiavit, eam quaestionem illicite habitam esse: nec videri unius hominis testimonium ad quaestionem sufficere.

3. Non igitur distinguenda hic inopia a defectu, auctore Cujacio lib. 22. *Observat. c. 28.* quia idem valent: ut liquet ex d. l. 7. *D. de probationibus*, & reliquis adductis locis. non accipienda quoque inopia pro omni & qualicumque inopia: ut idem Cujacius putat lib. 2. *Observat. c. 33. § lib. 30. c. 28.* non enim quaestio habetur; cum nulla, leviorve, apparet conjectura; aut cum unus saltem adest testis: ut Paulus docet d. l. 20. sed inopia est, ubi tanta utrimque probationum copia, ut noceat, ac turbet; adeo ubi par causa ac ratio; neque valde in alteram inclinans partem. Hoc sensu usurpatum ab Apulejo id vocabulum lib. 5. *Metamorph. sive de asino aureo*, in fabula de Psyche & Cupidine, verba Apuleji quia non memini observari adducere ab aliis, adscripsi: sunt autem hæc. *Conscio lumine vultus ejus adspexi: video mirum divinumque prorsus spectaculum, ipsum illum Dea Veneris filium, ipsum, inquam, Cupidinem, leni quiete sopitum. Ac, dum tanti boni spectaculo percita, & nimia voluptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia, casu scilicet pessimo lucerna fervens oleum rebullivit in ejus humerum.* Hæc Apulejus, & ad superius Rescriptum omnino accommodate. quippe appellat inopiam Psyche: non, quia erat illi defectus voluptatis: sed quia erat tanta undequaque copia atque abundantia, ut dubitaret Psyche, hac, an illa, potius parte frueretur: id enim est quod paulo ante Apulejus eadem in re & fabella, ubi egregiam Cupidinis venustatem formamque descripsisset, tum deinde ait, *Psyche magis magisque cupidine flagrans Cupidinis, prona in eum effusum inhians, patulis ac petulantibus suavis festinanter ingestis, de somni mensura metuebat. Sed dum tanto bono percita, saucia mente fluctuat, lucerna illa evomuit de summa luminis sui stillam ferventis olei super humerum Dei dextrum.* Viden', quod ante dixit Apulejus, *Dum tanti boni spectaculo percita, & nimia voluptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia*, hoc eum postea sic efferre, *Dum tanti boni spectaculo percita, saucia mente fluctuat?* Id vero quid aliud designat, quam ambiguitatem fruendi ex nimia atque æquali undequaque copia? mihi crede. sin secus, Ovidio: nam & is vult, copia præligari atque impediri eligendi arbitrium, lib. 5. *Fastorum*, hisce verbis.

Queritis, unde putem Majo data nomina mensi.

*Non satis est liquido cognita causa mihi.
Ut stat, & incertus, qua sit sibi, nescit, eundem,
Cum videt ex omni parte viator iter.
Sic quia posse datur diversas reddere causas,
Qua ferar, ignoro, copiaque ipsa nocet.*

4. Exposui hæc diligentius; cum ut scrupulum hoc ex capite eximerem, eruditus usque adhuc molestum ac gravem; tum ut liqueret, quemadmodum accipienda forent hæc Diocletiani & Maximiani verbal. 3. *C. de rebus creditis.*

In bona fidei contractibus, nec non (etiam in) ceteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

Nam in eo quoque capite ab Imperatoribus dicitur, inopia probationum, rem jurejurando decidi oportere: sensu plane simili. Quod ut censeam, vel id me impellit maxime; quod non simpliciter & nude ajunt Imperatores, oportere litem, si inopia probationum sit, jurejurando decidi; sed inopia probationum causa cognita. Id autem quo? nisi, ut dispiciat Judex & caveat,

*Ne Deus interfit, nisi dignus vindice nodus
Inciderit.* — — —

ut Horatius in re alia loquitur, *De arte Poëtica*, adeo non temere alteri deferet Judex jusjurandum: cum causa plana est, atque in alteram inclinans partem: ut forte, si actor intentionem suam aut nullo probavit teste, aut saltem uno: cujus responsio non auditur, etsi præclaræ Curiae honore præfulgeat l. 9. §. 1. *C. de testibus*; neque igitur facit dubiam causam, neque iurijurando locum. at Judex deferet jusjurandum, inopia probationum, causa cognita: id est, cum res dubia est atque in ambas agi partes animo potest. Ita Gajus in l. 31. *D. de jurejurando*. Gajum vero primus ita interpretatus Vir Clarissimus, Franciscus Duarenus, lib. 2. *Disputationum anniversaryarum c. 33.* & post eum Hugo Donellus ad d. l. 3. ex Terentii Phormione, & Cicerone, *Pro Ligario*: locis sane elegantibus; sed quia plerisque minus sufficiunt, pauca adscribam de meo, ut juvem ac firmem Terentius in *Andria* 1. 5. *Dum in dubio est animus, paulo momento huc illuc impellitur.* Isidorus lib. 10. *Etymologic. Dubius, incertus, quasi duarum viarum.* De dubitatione Myrrhae Ovidius lib. 10. *Metamorph.*

— — — *Virgo Cinyreia pervigil igne
Carpitur indomito, furiosaque vota retractat.
Et modo desperat, modo vult tentare, pudetque,
Et cupit, & quid agat, non invenit, utque securi
Saucia trabs ingens, cum plaga novissima restat,
Quocadat, in dubio est, omnique ex parte time-
tur;
Sic animus vario labefactus vulnere nutat
Huc levis atque illuc, momentaque sumit utro-
que.*

* *

C A P U T VII.

Vipianus emendatus l. x. D. de usu & habitatione, transposita vocula tamen.

Quibus in causis comparetur legatum usus & habitationis, quibus separetur, eas causas videretur mihi Ulpianus satis recte demonstrasse l. 10. *D. de usu & habitatione*; nisi sedem mutasset vocula tamen, tenebratque ea re scriptori optimo of-

fudisset. Verba Ulpiani si quis recensere velit, ita in omnibus editionibus leguntur.

Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur? Et effectum quidem idem pene esse legatum usus & habitationis, & Papinianus consensit lib.

lib. 18. Questionum. Denique donare non poterit. Sed eas personas recipiet, quas & usufructuarius. Ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

Restitues, me auctore.

Ad heredem nec ipsa transit: nec tamen non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

Vult enim Ulpianus, usum & habitationem duobus his articulis distingui, cæteris quos præterea recitat, non distingui; postremo, hoc esse commune utriusque legati, quod neuter legatarius donare potest, quod uterque recipit easdem personas, & quod

utrumque legatum morte extinguitur *l. 2. D. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat, l. 21. D. de usu & habitatione*; alterum vero legatum, habitationis scilicet, id singulare habere, quod neque capitis diminutione, neque non utendo amittitur. Id mihi certum est, & pene his Modestini verbis respondet *l. x. D. de capite minutis. Si habitatio legatur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis diminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.*

CAPUT VIII.

Mendum sublatum ex Ulpiani l. 5. §. 3. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.

Non fero quoque Ulpiani scripturam hanc, quamvis ei omnes Codices adstipulentur in *l. 5. §. 3. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.*

Et si habitatio, vel opera hominis vel cujus alterius animalis relicta fuerint, stipulatio locum habebit; licet per omnia hæc usumfructum non imitantur.

Constabit sententias, si legas.

Licet per omnia hæc usum fructumve non imitantur.

Fructus enim hominis, si Gajo fides, in operis consistit, & retro in fructu hominis opera sunt. *l. 4. D. de operis servorum.* At legatum usus & habitationis effectum idem pene esse, ex Ulpiano dicas *l. 10. D. de usu & habitatione.* Imo Pomponius *l. 32. D. de usufructu, Habitationis*, inquit, exceptione siue temporali, siue ad mortem ejus, qui excepit, usum

exceptum videri. Plane, etsi legatum habitationis assimiletur utui, legatum operarum usufructui; non tamen hæc per omnia aut usum, aut usumfructum, imitantur ex Ulpiani sententia: nam habitationem in quibusdam ab usu dividit in *d. l. 10*; licet in aliis eam usui comparet; ut ostendi superiore capite: operas quoque separat a fructu *l. 2. D. de operis servorum*; quamquam operas fructui comparet in *d. l. 5. §. 3.* imo Papinianus *l. 2. D. de usu & usufructu & redditu & habitatione & operis per legatum vel fideicommissum datis*, differentiam inter legatum usufructus & operarum triplicem facit; negatque, eum cui legata sunt operæ, fructuarium esse. Paulus quoque *l. 1. §. 9. D. Ad legem Falcidiam* ait, operis servi legatis, neque usum, neque usumfructum in eo legato esse.

CAPUT IX.

An directa negotiorum gestorum actio domino detur adversus prædonem? huic item an contraria adversus illum competat? Labes e l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis deterfa singulariter.

UT actio negotiorum gestorum locum habeat; non modo negotium alterius gestum esse oportet; sed amplius desideratur, ut ejus contemplatione *l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis*, id est, ut gerendi negotii affectione *l. 19. §. 2. d. l.* ut quasi amici *l. 36. eod. tit.* vel (ut Paulus loquitur *l. 23. D. de rebus auctoritate judicis possidendis*) ex officio amicitia, gestum sit. Adeo, si quis sui lucri causa gessit, quia suum magis, quam alterius, negotium gessit; non videtur adversus eum actio negotiorum gestorum danda esse. Obtinuit tamen, nihilominus, imo magis, & eorum negotiorum gestorum actione teneri: quia utique constat, in re mea negotioque meo verlatum esse; quamvis ei affectio negotii mei gerendi nulla fuerit. denique quis ferat, ipsi dolum suum prodesse, & ex improbitate fructum nasci? Directæ igitur actioni vel in hac specie locus erit *d. l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis.* An & contrariæ? fac, insulam fultam, necessarias impensas factas, has omnino vel ex parte periisse, tamen repeti. an possint? quæritur. Sed totus ad se spectavit prædo, non ad me: mihi vero ut imputet quod sibi præstitit, non id jus, minus æquitas, patitur. Pulchre hoc & sapienter, ut solet, Phædrus *lib. 1. fab.*

23. Verba Phædri.

Mustela ab homine presa, quum instantem necem Effugere vellet; quæso, inquit, parcas mihi, Quæ tibi molestis muribus purgo domum. Respondit ille, faceres si causa mea, Gratum esset, & dedissem veniam supplici: Nunc quia laboras, ut fruaris reliquiis, Quas sunt rosuri simul & ipsos devores, Noli imputare vanum beneficium mihi. Atque ita locutus improbam letho dedit. Hoc in se dictum debent illi agnoscere, Quorum privata servit utilitas sibi, Et meritum inane jactant imprudentibus.

Sic Phædrus: idem aperte Jureconsultus *d. l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis*, sequentibus verbis. Ipse si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, contra me actionem habet. Aperte? ita est: verba enim hæc (in id, quod ei abest) sunt ex formula contrariæ actionis: uti Gajus *l. 2. D. de negotiis gestis*, & Javolenus *l. 28. D. eod. tit.* docent. Igitur, negata ei actione in id quod ei abest, propter improbitatem suam; contrariam ei actionem, propter improbitatem suam negari puta. Quid tandem? In quod ego locupletior factus

factus sum, habet contra me actionem. Haud dubito, quin hic scripturæ error sit: & *exceptionem*, aut *retentionem*, aut *pensationem*, auctor, quisquis is fuit, ponere voluerit, saltem debuerit; vox autem ista (*actionem*) cum fuisset paulo ante inferenda, deinde, ut sit inter scribendum, imprudenti & tantum non aliud cogitanti exciderit. hoc eo magis censeo: quia formula ista (*in quod ego locupletior factus sum*) non tantum ad *exceptionem*, aut *retentionem*, (uti in l. 38. D. de hereditatis petitione, l. 38. & 48. D. de rei vindicatione, l. 1. §. 1. D. de doli mali & metus exceptione) sed ad indebiti quoque conditionem, accommodari solet: uti ex l. 8. §. 22. D. de transactionibus, cum similibus, liquet. Solet & actioni negotiorum gestorum, siue ea directa, siue contraria, lit, adjici: sed una in specie quæ est in d. l. 6. l. 37. D. & l. 2. C. de negotiis gestis; atque ad hanc fere ex Rescripto Divi Pii singulari jure l. 3. §. 3. l. 34. D. eod. Adeo nil abhorret a vero, ipsum Jureconsultum, aut Librarium, in errorem hunc in d. §. 3. sexti capituli cum memoria principii ejusdem loci, tum verborum ac rerum similitudine, lapsum incidisse. Accedit ad hæc quod Veteres in hac specie actionis meminerunt nusquam. imo actioni, qualiscumque sit, locum negant: tantum retentionem, vel officio judicis, vel per *exceptionem doli mali*, concedunt l. 33. D. de conditione indebiti, l. 14. D. de doli mali & metus exceptione, l. 14. §. 1. D. Communis dividundo, l. 27. §. 5. & l. 48. D. de rei vindicatione, l. 38. & 39. D. de hereditatis petitione, l. 45. §. 1. D. de actionibus empti & venditi, §. 30. Inst. de rerum divisione. Hoc autem cum non minus statuunt in persona possessoris bonæ fidei, quam ejus qui mala fide possidet; cedo, ecquid causæ sit, cur huic permittant actionem, quam non permittunt illi quem alioquin iusta fides tuetur? Verum hæc olim decisa lis fuit: ne quis hodie contrariam negotiorum gestorum actionem, aut indebiti conditionem, formula ista, *In quod ego locupletior factus sum*, hic indigitari crederet; licet ea alioquin utramque denotari verum sit. Superest igitur, ut eadem formula pro retentionis exceptionisve nota haberi debeat: quam exceptionem prædoni ad hanc faciem dari in re simili, Paulus significat l. 38. D. de hereditatis petitione. Verba

vero d. l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis ego sic emendanda censeo.

Sed & si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse, qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodum studet. Sed nihilominus, imo magis & is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me exceptionem.

exceptionem, inquam, vel retentionem, vel pensationem; uti in l. 18. §. ult. D. Commodati vel contra, l. 8. D. de pignoratitia actione, & l. 33. D. de conditione indebiti. Judicium hoc meum est: quod cum nuper Amplissimo Viro, Magno Wedderkoppio, Serenissimi Hollatorum & Sleesvicensium Ducis Legato, ostenderem domi meæ ad quam visendi mei gratia accesserat, ut sæpe solet: deinde is, domi secum exploratis diu ac diligenter singulis, perplacere sibi testatus est; & addidit, quia Juliani d. l. 6. esset, cujus & d. l. 33. D. de conditione indebiti, & d. l. 27. §. 5. D. de rei vindicatione, ideo minus verisimile esse, eundem auctorem tam aperte non tantum cum ratione, atque usu juris, sed secum quoque, pugnantia absurdissime protulisse. Fateor, & me jam ante id argumentum tenebat; sed verebar, conjecturæ meæ adscribere: quia animadvertēbam, eam legem in Haloandri & quibusdam aliis exemplaribus non Juliano, sed Ulpiano, tribui, & parte quinti capituli censeri. adhuc existimabam, verba ea (*non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem habet*) non omnino abhorrere ab Ulpiano: qui in l. 12. §. 1. D. de furtis similiter inquit. *Nemo de improbitate sua consequitur actionem: & ideo soli bonæ fidei possessori, non etiam malæ fidei furti actio datur.* Sentit tamen pro Juliano Rullardus: qui inscriptionem d. l. 6. ita exhibet; vi. *Julianus libro tertio Digestorum scribit; & quod ab aliis ita profertur finis præcedentis loci, ut scribit Julianus lib. 111. ex Notis natum arbitratur: nam pro vi. facile fuisse ut scriberetur ut.*

CAPUT X.

Bis idem dici ab Ulpiano in l. 1. §. 7. D. de Edilitio edicto, item in l. 5. §. 1. D. de jure deliberandi, & a Tryphonino in l. 9. D. de rebus dubiis.

Satis otiose Ulpianus in l. 1. §. 7. D. de Edilitio edicto, cum Edicti verba, *morbi vitæve*, interpretatur, inquit.

Ego puto Ediles tollenda dubitationis gratia bis & totius, id est, de eodem idem dixisse, ne qua dubitatio superesset.

Cui bono enim repetitio ista ejusdem rei in verbis, *tollenda dubitationis gratia*, & *ne qua dubitatio superesset*? num ornat, ut alioquin solet, orationem? num modulationem aptioremque reddit? num onerandi vel exprobandi causa exaggerationem aliquam speciosam facit? causas tamen prope has esse quibus apta sit repetitio, & ratio suadet, & Favorinus in re simili apud Gellium refert lib. 13. Noctium Atticarum c. 24. Sed profecto id vitium in Ulpiano nimis manifestum est

Simile in l. 5. §. 1. D. de jure deliberandi.

Si major sit hereditas, & deliberat heres, & res sunt in hereditate, quæ ex tractu temporis deteriores sunt, adito Praetore, potest is, qui deliberat, sine præjudicio eas justis pretiis vendere; quæ possit etiam ea quæ nimium sumptuosa sint, veluti jumenta aut venalicia, item ea, quæ mora deteriora fiant, vendere; quique prætere a curaturus sit, us as alienum, quod sub pœna vel sub pretiosis pignoribus debeat, solvatur.

Vacant ista versu penultimo, item ea, quæ mora deteriora fiant. Jam ante enim dixerat Ulpianus, si res in hereditate sint, quæ ex tractu temporis deteriores sunt, justis pretiis vendi permissu Prætoris posse.

Similis ταυτολογία apud Tryphoninum in his verbis l. 9. D. de rebus dubiis.

Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, Tutium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quæsitum est, an substituto, & cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habe-

bit hereditatem. In proposita autem questione. & cætera.

Superfunt ista. In ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. Nil enim aliud designant, quam illa quæ præcedunt. Priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus.

CAPUT XI.

Intellectus l. 78. §. ult. D. de contrahenda emptione.

Verba Labeonis sunt in l. 78. §. ult. D. de contrahenda emptione.

Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum: ea frumenta nives corruerunt. si immoderate fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.

Hæc vulgata lectio: nec damno; quamquam malim. Si immoderate fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis. Quo modo Salmasius conjicit *Ad jus Atticum c. 24.* Thema vide: id tale est. Vendidisti Titio frumenta quæ in herbis erant; & dixisti, id est, recepisti, te ei præstaturum, si quid vi aut tempestate accidisset. nives cecidere; hæc frumenta corruerunt: id est, frumenta, ad votum non respondentia, corrupisse dicuntur: sic enim accipio id verbum, ut querelam prætextumque emptoris, atque adeo facti speciem, ab eo Labeoni propositam, non utique veritatem rei, non effectum, indicet: quod apud nostros & alios auctores sæpe usu venit: ut pluribus demonstrarem, nisi similia in antecessum annotassem l. 2. c. 6. n. 3. & apud Casaubonum ad Suetonium in Julio c. 29. invenissem. Nivibus igitur non corrupta frumenta sunt, ut verba præferunt primo adpectu: (alioquin inepta & insulta foret sequens distinctio; scilicet, utrum immoderate fuerint, & contra consuetudinem tempestates, an non fuerint: quia & in hoc & in illo casu, peræque verum foret, frumenta vi aut tempestate corrupta esse; quod venditor se emptori præstaturum promissit) sed frumenta in facto, a consultore proposito, nivibus corrupta dicuntur: & proinde quæstio est, an venditor emptori indistincte, propter nives, aliquid præstare debeat. causa quæstionis est, quod tempestatis verbum anni solitas insolitasque tempestates, & has sive serenas, sive turbidas, sive moderatas, sive immoderatas, complectitur: uti Servius refert ad id Virgilii lib. 2. *Aneid. vers. 19.*

- - Unde hæc tam clara repente

Tempestas. - - -

Clara enim (inquit) bene addidit: quia tempestas tam incerta est. Addo, Prudentius lib. 2. *Adversus Symmachum.*

Nec tamen idcirco minor est aut cultus agelli,

Aut tempestatis clementia lata serena,

Temperat aut pluvius qui culta novalia ventus.

Item Lucretius lib. 4. *De rerum natura.*

- - *Modo cum fuerit liquidissima cœli*

Tempestas, perquam subito fit turbida sæpe

Undique. - - -

Cicero quoque in Oratione pro Murana inquit, Ut tempestates sæpe certo aliquo cœli signo commoventur, sæpe improvise, nulla ex certa ratione, obscura aliqua ex causa excitantur: sic in hac comitiorum tempestate populari sæpe intelligas, quo signo commota sit, sæpe ita obscura est, ut casu excitata esse videatur. Significat Cicero, tempestates duum generum esse: alias certo

cœli signo certa que ex causa moveri: alias obscura atque incerta ratione excitari; istas casu, illas non æque casu, motas excitatasque intelligi. Tempestas igitur vel serena, vel turbida, vel clemens, vel horrida, vel solita, vel insolita est; & qualiscumque sit, hoc pacto excipitur. hæc quæstio, & ejus causa. Sed responsum, tantum, si immoderate fuerint & contra consuetudinem tempestates, pactioni locum fore. quamobrem? quia, si solitæ & moderatæ fuere tempestates; non videtur nivibus, id est, vi aut tempestate, damnum datum esse: nam constat, solitas & moderatas tempestates nivesque aut prodesse frumentis, aut non nocere: at insolitas atque immoderatas tempestates, id est, fortuitos casus, frumentis nocere, & experiundo probatum est, & egregie Prudentius docet lib. 2. *Adversus Symmachum.* Verba ejus quia ad Labeonis intellectum faciunt, adscribam.

Antiquis elementa labant erroribus, ac de

Legitimo discussa modo plerumque feruntur

In casus alios, quam lex habet, aut iter anni.

Nunc consumit edax segetem rubigo maligni

Aëris ex vitio. nunc culpam vere tepenti

Post Zephyros gelidi glacies aquilonis inurit,

Ambustumque caput culmi fuligine tinguit:

Seminis aut teneri turgens dum germinat herba,

Continuis nimis que perit constricta pruinis.

Nec potis est tenuem telluri affigere fibræ.

Mox ejecta solo glacie sidente super sit,

Nudaque subducto radix avellitur arvo.

Ancipites tribuli subeunt, & carduus horrens:

Hos fert sicca sitis, hunc ebrius educat humos.

Temperies effusa minus, vel plus, agit istos

Terrarum morbos, & mundum vulnerat ægrum.

Igitur hic immoderate atque insolite tempestates, id est, fortuiti casus, demum faciunt pactioni locum; non tempestates moderatæ & solitæ. hæc eo minus: quia ea quæ metuenda frumentis sunt, fere ab emptore excipi, & a venditore promitti, solent; non etiam illa quæ aut prolunt, aut non nocent: nec vero dubium est, in obscuris inspicere quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet l. 114. D. de regulis juris. deinde non sic pactum conventum est, si quid tempestate, sed ita, si quid vi aut tempestate, factum esset: ea autem verba si hic conjunctim accipiantur, ut dedi aut donavi, item pecunia tuteleve, & alia id genus plura in l. 53. D. de verborum significatione, & alibi, forte sic pro promissore recte accipiuntur, vis enim tempestatem continet; tempestatis etiam tam lata significatio est, ut vim ac bella comprehendat; ut apud Virgilium lib. 7. *Aneid. vers. 223.*

Quanta per Ideos sævis effusa Mycanis

Tempestas ierit campos. - - -

imo tempestas per excellentiam sæpe pro horrida tempestate sumitur, & a reliquis cœli injuriis distinguitur: ut apud Plinium l. 18. *Historia naturalis c. 28.* cum sic scribit. *Ante omnia duo genera esse cœle-*

cælestis injuriæ meminisse debemus. unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellæ cæteraque similia intelliguntur: quæ cum acciderint, vis major appellatur. hæc ab horridis syderibus exeunt, ut sapius diximus, veluti Arcturo, Orione, Hædis, alia sunt illa, quæ silente cælo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt. publica hæc & magnæ differentia a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem. Hæc Plinius, quamquam aliter, ac nostri: quibus ista quoque quæ silente cælo serenisque noctibus fiunt, si immode-

rata atque insolita sint, vi tempestatis fieri dicuntur; uti ex Ulpiano discas *l. 15. §. 2. D. Locati conducti*. Quid ergo? ubi pactum conventum est, quod vi aut tempestate accidisset, præstari; pactum conventum videtur, quod insolita atque immoderata tempestate, vel (ut Ulpianus loquitur *d. l. 15. §. 2.*) quod vi tempestatis accidisset, præstari.

Iter hoc meum est ad sententiam difficilis & obscuri loci, aliud Salmasius, *Ad jus Attic. & Roman. d. c. 24.* aliud Heraldus *lib. singul. Observ. & emend. c. xxx.* aliud alii tenuere.

CAPUT XII.

Fictionum in jure usus & exempla non inconcinna. In his quid servitus poenæ apud nostros, & cur ea inventa sit, hætenus nondum tradita sententia.

Sæpe animadverti quæ principaliter non valent, per consequentiam tolerari; & quæ diu sunt utentium moribus observata, post verborum fictione atque imagine deludi atque obliterari: sive quod vulgo speciem æqui bonique habent quæ complurimum ætatum usus castigavit: sive quod exemplo periculosum est novandi studium in his quæ ad mores reipublicæ legesque spectant. plerique certe, antiquitatis immoderata veneratione, eorum in quibus nati atque educati sunt, correctionem corruptionemque juxta ponunt. adeo illa sive mutatio, sive emendatio, etsi ex usu publico esset, etiam in rebus minimis, passim mitiganda interpretatione ac dissimulanda fuit; verumque omnino est quod *Pro Muræna* Cicero (etsi subridens) refert, scientiam Juris totam prope rebus fictis commentitisque constare. Placebunt species quas adferam.

Emptionis imago fuit qua olim testamentum per æs & libram constabat *§. 1. Inst. de testamentis ordinandis*; qua liberorum adoptio emancipatioque perficiebatur *l. ult. C. de adoptionibus. l. ult. C. de emancipationibus liberorum*. Sed & quasi ususfructus cautione, velut remedio, introductus dicitur *§. 2. Inst. de usufructu*. Querela quoque inofficiosi testamenti hoc colore defenditur, quasi non sanæ mentis testator fuerit, cum testamentum inique ordinaret *l. 2. & §. 5. D. de inofficioso testamento*. Præterea non poterat heredem facere Prætor; tantum fiebat heres per legem, aut per similem juris constitutionem: sed, cum utilitas exigeret, faciebat Prætor bonorum possessorem qui heredis loco esset *§. 2. Inst. de bonorum possessionibus*. Similiter notat Licinius Rufinus *l. 74. D. de heredibus instituendis*, si ita quis heres institutus fuerit, *excepto fundo, excepto usufructu, heres esto*, perinde fore Jure civili, atque si sine ea re institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum esse. Sed & Hermogenianus ait *l. 23. D. de manumissis vindicta*, manumissionem per lictores hodie, domino tacente, expediri; & verba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipi. Apud Dionysium quoque ex jure publico simile: refert enim *l. 2. Romulum* cavisse, ne quis magistratum aliquem iniret, præterquam addicentibus avibus: id longo tempore observatum, suo tempore desuisse; nisi quod superesset umbra veteris instituti: nam designatos, mane exeuntes, sub dio preces peragere, ibique ex auguribus aliquem fulguris signum a læva datum denuntiare, etsi nullum datum sit: ejus vero vocis omine contentos eos magistratum inire. Similiter domino permittebatur vindictio lege *xii. tabularum*; non domino non permittebatur: idque initio visum sufficere: post, ubi novæ inciderent species in

in quibus æquum bonum crederetur, etiam non domino, petitionem dari; Prætor, ne videretur facere adversus legem *xii. tabularum*, plerumque ita in rem agi permisit, ut vel actor diceret, se quali usucapisse quod non usuceperat; vel e diverso, adversarium suum, quod usuceperat, non usucapisse *§. 3. 4. & §. 5. Inst. de actionibus*. Referam huc etiam quæ de vindictis scribit Gellius *lib. xx. Noct. Attic. c. x.* sic inquit. *Vindicta, id est, correctio manus in re atque in loco præsentis apud Prætorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est, si qui in jure manum conferunt. Sed postquam Prætores, prorogatis Italia finibus, negotiis occupati, proficisci vindictiarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est, contra *xii. tabulas*, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Prætorem manum confererent, sed ex jure manum confertum vocarent; id est, aliter alterum ex jure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terra aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Prætorem deferrent: & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicarent.*

Est & hoc notabile & ad fictitium jus pertinens, quamquam a tyrannica impotentia ad perdendas magis leges, quam conservandas, profectum; quod de filia Sejani Tacitus *lib. 5. Annal. c. 9.* memorat, quia triumvirali supplicio affici virginem inauditum habebatur, laqueum juxta compressam, exin, obliis faucibus, id ætatis corpora in gemonias abjecta esse. Item, quod idem auctor est *lib. 2. Annal. c. 30.* quia vetere Senatusconsulto quæstio in caput domini prohibebatur, callidum & novi juris repertorem Tiberium mancipari singulos actori publico jussisse, ut in Libonem ex servis salvo Senatusconsulto quæreretur. Illud lubentius addam, quod in exilibus his quibus aqua & igne interdicebatur, commentum simile Cicero *Pro domo* refert his verbis. *Quierant rerum capitalium condemnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam in eam recepti, quo vertendi, hoc est, mutandi soli causa venerant, id autem ut esset faciundum, non ademptione civitatis, sed tecti & aquæ & ignis interdictione faciebant.* Jam istud quale est quod idem Cicero *Pro Cecina* libertatem & incensis & iis qui ad delictum non respondissent, sublatam fuisse docet? Ait, *Populum, cum eum vendidit, qui miles factus non est, non ademisse ei libertatem, sed judicasse, non esse eum liberum, qui, ut liber sit, adire periculum noluit.* Cum autem incensum vendidit, hoc judicasse, cum ii, qui in servitute justa fuerint, censu liberentur, eum, qui, cum liber esset, censeretur noluerit, ipsum sibi libertatem abjudicasse.

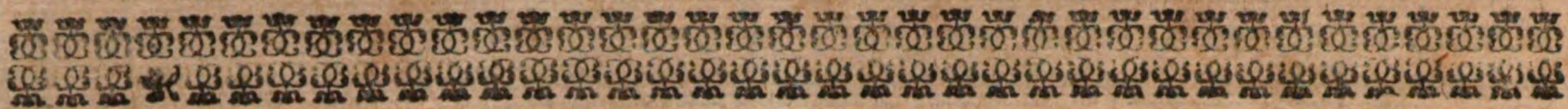
Porro,

Porro, ut libertatem, ut civitatem, ita vitam, civis Romanus nemo invitus amittebat. id populo visum erat tuendæ libertatis gratia; sed usus sustulit. prætextus isti fuit, quod libertas nimia in licentiam, hoc est, in exitium publicæ disciplinæ irruptura crederetur; & qui levioribus pœnis emendari non possent, ipsos pro exemplis nequitiae male cedentis perire, & alios pereundo deterrire, æquum esset. Placuit igitur, competentibus remediis adversus ire hominum flagitiis. ea autem remedia ut adhiberi possent, salva populi libertate, salvisque legibus, a verborum inani ambitu atque imagine impetratum est. is ambitus atque ea imago talis fuit. Ubi commissum erat a cive capitale, Quæsitores non civem capite puniebant: (non enim fas erat) sed non esse civem eum judicabant, qui capitis condemnatus foret. servum appellabant pœnæ; ad servum autem civile Jus non pertinebat. ita, quamquam civis esset, ramen vitam, quasi servus, amittebat, & in manum carnificis, velut actoris pœnæ, mancipabatur. Nescio, an id videatur indigitare Apulejus lib. x. *Metamorph. sive de asino aureo*, verbis sequentibus. *Cum jam sententia pares, cunctorum stiliis ad unum sermonem congruentibus, ex more perpetuo in unam urnam deberent conjici: quo semel conditis calculis, jam cum rei fortuna transacto, nihil postea commutari licebat; sed mancipabatur potestas capitis in manum carnificis.* Possit & Lactantius videri huc alludere, cum lib. 6. *Divinar. instit. c. 22.* ita scribit. *Huic divina legi summa devotione parendum est. Sint omnes, qui se discipulos Dei profitebuntur ita morati & instituti, ut imperare sibi possint. Nam qui voluptatibus indulgent, qui libidini obsequuntur, ii animam suam corpori mancipant, ad mortemque condemnant: quia se corpori addixerunt, in quo habet mors potestatem.* Hæc Lactantius; significans, hominum corpora mortis in potestate agere, animas liberas esse, & ut ita dicam, optimo jure cives haberi: vitam igitur animæ invitæ non auferri: præterquam, si voluptatibus indulgeat, & libidini obsequatur. quod cum fit, & libertatem suam, quasi judicio suo, amittere, & ad mortem rite damnari, corporique suo, velut actori mortis, pro mortis mancipio mancipari. Sed hæc etsi non inverisimilia, evidentia tamen non sunt. Illud clarius huc spectat, quod Gajus ait l. 29. *D. de pœnis. Qui ultimo supplicio dam-*

nantur, statim & civitatem & libertatem perdunt: itaque præoccupat hic casus mortem, & nonnunquam longum tempus occupat: quod accidit in personis eorum, qui ad bestias damnantur. Sed & Paulus l. 6. §. 6. *D. de injusto, rupto, irritato facto testamento* ait, *Si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia pœna, qua vitam adimit, testamentum ejus irritum fieri, non tunc, cum consumptus est, sed cum sententiam passus est; nam servum pœna efficit.* Quod Macer l. 12. *D. de pœnis* confirmat. Solent & in metallum dati & in opus metalli, pœnæ servi appellari: pœnæ, inquam, non Cæsaris; & ita Marcianus l. 3. *D. de his qua pro non scriptis habentur.* Verba Marciani. *Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet. nam pœna servus est, non Cæsaris.* & ita Divus Pius rescripsit. Idem l. 17. *D. de pœnis.* *Sunt quidam servi pœnæ, ut sunt in metallum damnati & in opus metalli. & si quid eis testamento datum fuerit, pro non scripto est, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœna.* Cæterum & illud subjiciamus, novum non fuisse, ut fictiones istæ, cum jam essent moribus receptæ ac firmatæ, contrario rursus usu aut lege pro supervacuis atque inanibus solemnitatibus omnino, aut pro parte, abolerentur. Exemplum sane unum ejus generis in servitute pœnæ; de qua Justinianus *Novella 22. c. 8.* aliud in §. 1. & 2. *Inst. de testamentis ordinandis.* aliud in l. ult. *C. de adoptionibus.* item in l. ult. *C. de emancipationibus liberorum,* & l. ult. *C. de donationibus.* Livius quoque aliud habet æque egregium li. 41. c. 8. Verba Livii. *Genera fraudis duo mutanda virum civitatis inducta erant. Lex sociis ac nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent, ea lege male utendo alii sociis, alii populo Romano injuriam faciebant. Nam & ne stirpem domi relinquerent, liberos suos, quibusquibus Romanis in eam conditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent: & quibus stirps deesset, quam relinquerent, ii cives Romani fiebant. Postea his quoque imaginibus juris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe in civitatem Romanam per migrationem & censum transibant.*

FINIS LIBRI III.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

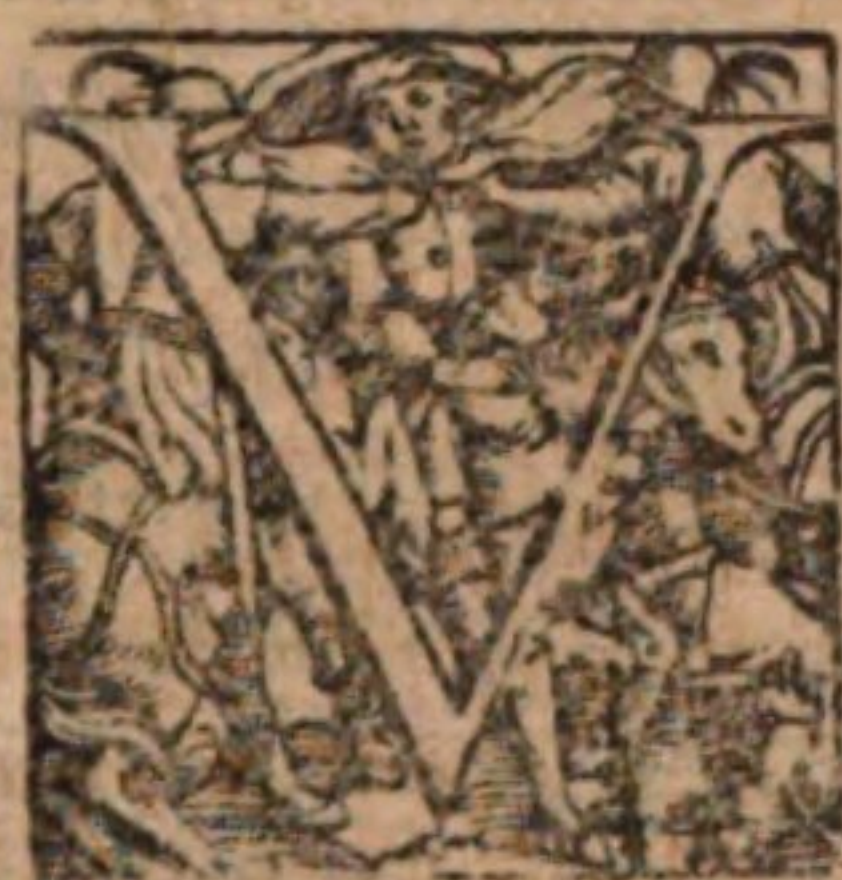


GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
PROBABILIUM
JURIS CIVILIS
LIBER QUARTUS.

CAPUT I.

1. *An quis possit aedificium aut quid aliud ponere in flumine publico, & quemadmodum? Item quid juris sit in mari aut littore? 2. Scævola correctus l. ult. D. de fluminibus.*

1.



Etus quæstio est, an is qui domum aut simile ponit in flumine publico, eodem censeatur jure, quo is qui in mari aut littore ædificat? Et mihi placet: sed quia aliis tecus videtur, fortasse sum operæ facturum pretium; si, quid in mari & littoribus obtineat, paucis exequar; tum, quid in fluminibus publicis receptum sit, ordine subjiciam. Primum, quod ad mare attinet, ait Celsus l. 3. §. 1. D. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat*, maris communem usum esse, ut aëris; jactasque in id pilas fieri ejus qui jecit: sed id concedendum non esse; si deterior littoris marisve usus eo modo futurus sit. adeo hoc quod in mari exstructum est, facientis est. ut tamen exstruere liceat, & decreto opus est, & ut innoxia ædificatio sit: ut Pomponius auctor est l. 50. D. *de acquirendo rerum dominio*. Porro ut usus maris, ita usus littoris, sive communis sive publicus est jure gentium; & ideo licet unicuique, in littore ædificare, littusque ædificatione suam facere. si tamen ut in mari, ita in littore, impetravit: præterea si non eo modo deterior futurus sit usus littoris d. l. 3. §. 1. D. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat*, & l. 50. D. *de acquirendo rerum dominio*: vel (ut Scævola loquitur l. 4. D. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat*) nisi usus publicus impediet. Hoc in mari & littoribus jus est. Idem in fluminibus publicis: Ulpiano teste l. 24. D. *de damno infecto*: cum sic ait, *Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum & littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare, & destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat*. Primum comparat Ulpianus usum fluminum publicorum cum usu littorum & viarum publicarum: ait enim, fluminum publicorum communem esse usum; & addit, sicuti viarum publicarum & littorum. inde infert, licere igitur unicuique, in fluminibus publicis ædificare; addam ego, ædificium suum facere: id enim viarum, littorum, fluminumque, communio & comparatio exigit. præterea cui bono liceret cuiquam ædificare; si non suum ædificium faceret? vult tamen Ulpianus, ut ædificari possit, ædificari publice, & sine cu-

jusquam incommodo; pariter ut in mari & littore definitum: publice, inquam, seu publica auctoritate; id enim hoc verbum publice indigitat: ut in l. 6. §. 3. & l. 9. pr. & §. 1. D. *de rerum divisione & qualitate*, juncta l. ult. D. *Ut in possessionem legatorum*, & l. 2. §. ult. D. *de judicis*, & similibus. Quod si est; apparet, maris, littorum, & fluminum publicorum, rationem in his plane eandem esse.

2. Sed contra Scævola l. ult. D. *de fluminibus*. Verba Scævolæ.

Quæsitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati juris facere potest. Respondit, non posse.

Vides flumen publicum; vides, Titium habere domum in utraque ripa; proinde ripam utrimque Titii esse. vides, Titium velle, flumen ponte sternere & de domo in domum transitum facere: inde quæri, an possit facere pontem qui sit privati juris: id est, qui ejus proprius seu privatus sit: is enim est sensus horum verborum, *privati juris*: ut in l. 6. C. *de servitutibus & aqua*, & l. 14. §. 1. D. *de servitutibus*. vides, Scævolam respondere, Titium non posse: id est, non posse pontem privati juris facere, si vere; apparet, hoc quod in flumine publico ædificatur, non fieri ædificantis. Sed puto, quod recepta scriptura præfert, hoc a Scævola neque quæsitum, neque responsum esse; sive ad rationem meæ sententiæ adverto; sive ad horum qui id quod in flumine publico ædificatur, non ædificantis adsignant, sed huic cujus vicina ripa est. præfantur illi, alveum publici fluminis esse partem ripæ, desertumque a flumine fieri ejus cujus ripa est: quæ si peræque vera ac certa ratio est; obsecro, qui hic possit alterius, quam Titii, pons esse? quem præterit ipse posuit in publico flumine cujus utraque in ripa domus habet: id est, cum dominus utriusque ripæ est. Quamquam, ut hoc addam, non est ea peræque vera & certa ratio, neque ad hanc speciem satis accommodata: quamvis enim procedat tum, cum est sermo de insula aut alveo a flumine detectis, ut jam alveus non sit: quamvis & tum procedat, cum quæritur de ædificio aut simili, quod factum sit aut in insula aut in alveo a flumine jam destitutis: non procedit tamen, si aut pons aut ædificium dicitur factum in aqua fluminis

minis publici. In aqua, inquam: quod enim in ea fit aut ponitur, id demum in flumine publico poni aut fieri dicitur *l. 1. §. 11. D. de fluminibus*: non, si extra aut in ripa fiat. Ita est: qui ædificat in aqua fluminis publici, is ædificium suum facit: nam ut flumen jure gentium sive publicum sive commune est; sic alveus fluminis publici, quamdiu a flumine obsidetur, fluminis, id est, omnium hominum sive publicus sive communis est *l. 7. §. 5. D. de acquirendo rerum dominio*. Atque id tam certum Veteribus fuit, uti Ulpianus contrarium impossibile esse responderit *l. 1. §. 7. D. de fluminibus*. Adeo parum probabile mihi fit, quod vulgata scriptura arguit, (quia in ea nulla liquet quærendi respondendique causa) id apud Scævola aut quæsitum, aut responsum esse. Sed legendum.

Quæsitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privato jure facere potest. Respondit, non posse.

Quæ si placet lectio: fere quæritur, an is qui habet domus in utraque ripa fluminis publici, possit pon-

tem facere proprio jure, seu privata auctoritate? respondetur autem, non posse; & si facit, interdicto teneri. causa responsi est: quod, cum pontem facit, usum fluminis publici facit deteriolem. Quæ quæstio, & responsio pertinet ad interdictum illius Tituli: neque absimilis videtur huic Ulpiani de via publica *l. 2. §. 33. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*.

Scio tractatum, an permittendum sit specus & pontem per viam publicam facere. Et plerique probant, interdictum teneri. non enim oportere eum deteriolem viam facere.

Respondet & illud ejusdem Ulpiani *d. l. 24. D. de damno infecto*.

Fluminum publicorum communis est usus, sicut viarum publicarum & littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare, & destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.

Ait, cuilibet licere ædificare; sed publice: id est, si permittatur; vel, non privato jure: ut Scævola loquitur *d. l. ult.*

CAPUT II.

Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, emendati, expuncta litera in l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis.

Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, AAA. Rimulo *l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis*.

Cum te fundum tuum certa rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando non impleta promissi fide, dominii tui jus in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens iudex, fundum, cujus mentionem facis, restituere tibi cum fructibus suis, sine ulla ludi- ficatione, sua auctoritate perficiet: præcipue cum & adversa pars receptis nummis suis, nullam passa videri possit injuriam.

Multos mirari video, quæ ratione Imperatores, fundo certæ rei contemplatione vendito exiguo pretio, non autem impleta promissi fide, Rimulo fundi repetitionem permittant; siquidem certi juris est, neque a perfecta emptione venditione facile recedi posse, neque rei venditæ ac traditæ ullam repetitionem esse *l. 14. C. de rescindenda venditione. l. 12. C. de contrahenda emptione*. Sed si placet, quod Accursius Glossa prima conjecit, pactum conventum esse, ut, si emptor fidem fallat, venditori fundus restituatur; decisa quæstio est: cum palam sit, emptionem eo pacto fingi atque informari; ex eoque aut venditi, aut præscriptis verbis, actionem dari, ut emptio resolvatur; & pretio restituto venditori fundus reddatur *l. 4. D. de lege commissoria. l. 2. 3. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis. l. 6. D. de rescindenda venditione*. At id pactum conventum, quamquam sæpe & multum quæsi, Rescriptique verba curiose atque contente legi, in his neque mihi occurrit, neque ab Accursio aut alio Interprete indicatur, quin ipse mox Accursius sequente Glossa, cur hic fundus repeti possit, hanc esse veriore causam arbitratur; quod non fuisset contracturus Rimulus, nisi emptor ei promississet hoc ejus contemplatione ei fundus datus fuit. Quia in te Accursio multi egregii ac præclari homines adstipulantur; qui ideo, quod emptioni adjecta a Rimulo fuit lex sive conditio quæ ad ejus substantiam pertinuit, hoc ta-

cite actum interpretantur; ut, nisi ea lex seu conditio impleatur, res inempta sit. Sed ut Accursius piget prioris Glossæ; ita posteriorem sollicitat Vir Amplissimus, Antonius Faber, *De erroribus Pragmaticorum, part. 2. decad. 45. error. 8. n. 14. & seqq.* negat certe, Imperatores loqui de venditione quæ facta sit sub pacto cui non paruit emptor; sed de venditore qui fundum exiguo pretio transtulit certæ rei contemplatione, emptoris meram fidem & nudam pollicitationem sequutus: additque idem Faber, non, ut pacta conventa, ita & pollicitationes, bonæ fidei judiciis inesse; harum tamen, si contractui causam dederint, rationem perinde haberi, ut pactorum: quamquam non hætenus, ut ex contractu actio detur ad hoc quod in pollicitationem deductum fuit; sed ne venditor qui emptoris fidem sequutus, rem majoris pretii minore vendidit, impune circumveniatur. Ita Antonius Faber, sed, quod cum bona ejus venia dixerim, subtilius, quam verius: nam res aliter suadet; etiam Rubrica reclamatur: quæ pacta inter emptorem & venditorem composita clare præfert. Atque ut in his Antonio Fabro non assentior; sic ut probem posteriorem Accursii Glossam, a me nondum impetro: quia nihil verius est, quam hanc esse venditionis substantiam, uti venditor pretium pro re habeat, neque adeo facile contracturum videri, nisi ei pretium, amplius, nisi certum pretium, promittatur, si tamen hoc emptor promittat, sed non solvat; placet, quidem venditori adversus emptorem ad pretii solutionem, sed non ad traditæ rei restitutionem, ex vendito actionem dari *l. 12. C. de rei vindicatione. l. 12. C. de contrahenda emptione. l. 14. C. de rescindenda venditione*. Quod si est; profecto vereor, ut serio dici possit, quod Accursius suspicatus posteriore Glossa, cum de venditionis substantia pactum conventum est, hoc actum videri, ut, si non servetur pacti fides, res inempta sit; denique ab emptione ac venditione ob id recedi posse. Quid ergo est? si, quod sentio, dicam; non displicet mihi

prior Accursii Glossa: puto enim, Rimulo permit-
ti fundi repetitionem, non aliam ob causam, quam
quia clare pactus est, si emptor fidem fallat, fundum
restitui. Qui potes? inquires, cum id pactum ne-
que apud Imperatores extet, neque ab Accursio,
aut aliis Interpretibus, ostendatur. Sed videamus,
ne una litera verbi *conveniat* cum ei, tum cæteris,
fraudi fuerit: qua dempta legendum.

*Cum te fundum tuum certa rei contemplatione in-
ter vos habita, exiguo pretio in aliam transtulif-
se commemoras, poterit tibi ea res non esse frau-
di: quando non impleta promissi fide, domini
tui ius in suam causam reverti convenit. & re-
liqua.*

Ita scribo *convenit*, id est, placuit, seu pactum con-
ventum est: non ita, ut hactenus legitur, *conveniat*,
id est, oporteat: *convenit*, inquam, in primis præ-
euntibus ita Imperatoribus, Diocletiano & Maxi-
miano, in l. 6. C. de actionibus empti ac venditi. Ver-
ba Imperatorum sunt. *Venditi actio, si non ab initio
aliud convenit, non facile ad rescindendam venditio-
nem, sed ad pretium exigendum competit.* Ajunt Im-
peratores, venditi actionem, si ab initio nihil aliud
convenit, tantum ad exigendum pretium dari; si
convenit, etiam ad rescindendam venditionem
dari. Hactenus de scriptura & sensu lib. 6. C. de
pactis inter emptorem & venditorem
compositis.

CAPUT III.

*Ulpianus emendatus l. 13. §. 1. D. de pigneratitia actione vel contra; &
contraria cujusdam sententia proposita & refutata. Exposita l. 19. C.
de pignoribus & hypothecis, & l. 8. C. de pigneratitia actione.*

VENIO ad emendationem l. 13. §. 1. D. de pigne-
ratitia actione vel contra: in qua visa mihi cau-
sa similis corrumpendæ scripturæ. Dixi sane lib. 1.
cap. 4. in ea esse unam literam quæ miscuit opti-
mam atque elegantem differentiam quæ a veteri-
bus in pigneratitia & commodati actione circa cul-
pæ diligentiaque præstationem recepta fuit: scrip-
tum enim.

*Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in
commodato: venit custodia: vis major non venit.*
Scribendum vero.

*Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in
commodato venit & custodia: vis major non venit.*
Hoc quam vere dixerim, non expectabis, ego ut
probem: cum ipse in hunc non tantum sensum,
sed & modum, scribat Ulpianus l. 5. §. 2. D. Com-
modati vel contra.

*Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in lo-
cato, ut in dote, ut in PIGNORE, ut in socie-
tate, & DOLUS, & CULPA præstatur.
COMMODATUM AUTEM plerumque
solam utilitatem continet ejus, cui commodatur,
& ideo verior est Quinti Mucii sententia, existi-
mantis, & CULPAM præstandam, & DI-
LIGENTIAM.*

Habes Ulpiani definitionem: qua quid convenien-
tius sit Ulpiano a me emendato in d. §. 1. l. 13. nul-
lus video: nisi hæ voces autem & diligentia aliter in
d. §. 2. quam in d. §. 1. at & custodia accipiuntur.
Sed alterum vetat Paulus: qui custodiam diligen-
tiamque pariter usurpat lib. 2. Sent. tit. 4. §. 3. cum,
Servus, inquit, vel equus si a latronibus, vel in bello, in
aliam causam commodati occisi sunt, actio commodati
datur: custodia enim & diligentia rei commodata præ-
standa est. Alterum fides veri manifestius refellit,
quam ut probari necesse sit. Tamen si quis vel hoc
petet, ejus honoris causa apponam Gajum: qui cau-
sam pignoris & commodati ipso verbo at distinguit
in verbis istis l. 18. D. eod. tit.

*In rebus COMMODATIS talis DILIGEN-
TIA præstanda est, qualem quisque DILI-
GENTISSIMUS paterfamilias suis rebus ad-
hibet: ita ut tantum eos casus non præstet, quibus
resisti non possit, veluti mortes servorum, qua
sine dolo & culpa ejus accidunt, latronum, ho-
stiumve incursum, piratarum insidias, naufraga-*

*gium, incendium, fugas servorum, qui custodi-
ri non solent. Et post. Hæc ita, si duntaxat ac-
cipientis gratia commodata sit res. AT, si utri-
usque, veluti si communem amicum ad cenam
invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses,
& ego tibi argentum commodaverim, scriptum
quidem apud quosdam invenio, quasi dolum
tantum præstare debeas: sed videndum est, ne &
CULPA præstanda sit; UT ITA CULPÆ
FIAT ÆSTIMATIO, SICUT IN RE-
BUS PIGNORI datis, & DOTALIBUS
æstimari solet.*

Hæc cuique liquent; sed illi qui ad Probabilia mea
notas scripsit, non liquent. putat is, creditorem; ac-
cepto pignore, dupliciter obligari; primum, ne a-
mittatur; deinde, ne deterius fiat: proinde si de cul-
pa quærat; interesse, utrum perierit pignus, an
salvum sit, sed deterius factum: istic culpam tan-
tum levem, illic, ut in commodato; etiam custo-
diam, id est, culpam levissimam præstandam esse:
adeo idoneam esse Ulpiani sententiam; Venit in
hac actione & dolus, & culpa: venit & custodia, ut
in commodato: membrum obligationis unum cul-
pæ, alterum custodiæ, respondere. Sic ille: si vere;
haud causam dico, quin temeraria sit justæ senten-
tiæ emendatio. Sed experiamur, ne viderit in Ul-
piano homo acutus, quod neque Ulpianus vidit,
neque Veterum cuiquam in mentem venit: si ve-
nim de pignoris corruptione, si ve de amissione, aga-
tur; separarunt hi commodatum a pignore; atque
in altero culpam levem, in altero levissimam venire,
indistincte arbitrati sunt. Hoc sensu generaliter
infit Ulpianus l. 5. §. 2. D. Commodati vel contra, in
pignore quidem dolum, & culpam, præstari; in
commodato autem & culpam præstandam, & dili-
gentiam: id est, (ut restitui in d. l. 13. §. 1.) at in
commodato & custodiam. Sed nominatim de amif-
so pignore & commodato differit eum in modum
Gajus in verbis supra adductis ex l. 18. D. Commo-
dati vel contra. Addo, Diocletianus & Maximianus
lib. 9. C. de pigneratitia actione. ubi sic scri-
bunt. Cum ad severas in horreis pignora deposita;
consequens est, secundum jus perpetuum pigno-
ribus debitori pereuntibus (si tamen in horreis,
quibus & alii solebant publice uti, res depo-
sita sint) personalem actionem debiti reposcendi causa
ente-

integram te habere. Quæstio Imperatoribus est de amisso, non deteriorato, pignore; ne errres: negant tamen, creditorem pignoratitia actione teneri, si in deponendis pignoribus usus sit horreis quibus & alii solent publice uti in custodiendis rebus suis. publice, inquam; & recte: fuerunt enim olim publica horrea in quibus bona sua deponerent hi qui non haberent privatas custodias: eorumque horreorum meminit Paulus l. 3. §. 2. *D. de officio Præfecti vigilum*, & Lampridius in vita *Alexandri c. 39.* sic scribens. *Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quæ conferrent bona ei, qui privatas custodias non haberent.* Unde apparet, Imperatores, uti saluum pignus sit, in creditore exigere diligentiam, non exactissimam, sed communem: id est; hanc quæ levi culpæ, non eam quæ levissimæ opponitur: plane similiter ut in eadem specie Paulus in l. 14. *D. de pignoratitia actione vel contra.* Id ipsum tam evidenter; ut mirer, contrariam distinctionem potuisse homini in mentem venire.

Sed deceperunt eum hæc verba l. 12. *C. de pignoribus & hypothecis.*

Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse, ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur.

Vidit, in his fieri mentionem doli; culpæ; & custodiæ; credidit autem, culpam accipi pro culpa levi, custodiam pro accuratissima diligentia, & hanc levissimæ culpæ opponi, sermonemque esse geminum ei qui extat in §. 1. d. l. 13. Hoc pro certo habuit; parum attendens; altero in loco tantum pignus exponi, in altero pignus cum commodato committi; & proinde alterum ad alterius intellectum male adduci. Sed quid est? mihi placet quod Accursius scribit ad d. l. 19. in ea custodiam sumi pro diligentia, neque aliam, quam mediam, designari: id est, eam quæ levi culpæ comparatur: ita sensum esse, Teneri creditorem pignoratitia actione; siue id facit quod in rebus suis non solet facere bonus & diligens paterfamilias; siue non facit id quod is solet facere. Hoc cum regulis juris consentit, neque abhorret à Veterum loquutione: ex quibus unam apponam quæ est Pauli in re simili in l. 17. *D. de jure dotium.* Verba Pauli. *In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum, quam culpam; quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet.* Ait, virum in dote præstiturum dolum & culpam, etiam diligentiam quam in suis rebus exhibet. constat tamen, ut pignus, ita dotem, accipientis dantisque causa constitui: constat, creditorem in pignore, virum in re dotali, tantum ad dolum, culpam levem, diligentiamque mediam, teneri: constat utrumque ea gratia commodatorio perinde opponi l. 5. §. 2. §. l. 18. *D. Commodati vel contra.* Igitur ut Paulus, cum ait, virum in dote dolum & culpam præstare, etiam diligentiam quam in rebus suis exhibet, de levi culpa & frugi hominis diligentia exaudiendus est; ut bene Accursius in d. l. 17. quia causa sua, id est, etiam sua, non tantum uxoris, causa dotem accipit: ita Imperatores, cum in d. l. 19. volunt, creditorem dolum & culpam, sed & custodiam exhibere, non videntur aliam, quam levem, culpam, diligentiamque mediam, indigitasse: id est, ut idem Paulus ait l. 14. *D. de pignoratitia actione*, tantum ea quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet, à creditore exegisse. Nectamen, ut id addam, inferendum inde, Ergo

Noctæ Operum Tomus 1.

& custodiam cujus mentio fit apud Ulpianum §. 1. d. l. 13. similiter accipi: nam custodia pro contractu natura, & subjecta specie, aut levior aut major desideratur; major autem in commodato, quam in pignore: porto si altera cum altera conferatur, levior fere pro custodia non est; contra accuratior sæpe, velut per excellentiam, custodia appellatur; utraque tamen, si ad verum exigitur, æque custodia dicenda est. Hoc (quamquam communi ratione, & loquentium usu, intelligitur) operæ pretium erit exemplo uno aut altero confirmasse. Imperator §. 17. *Inst. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur* ait, *Sed is apud quem res deposita est, custodiam non præstat: sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit, &c.* Negat Imperator, depositarium præstare custodiam: sed ideo, quia non eam præstat quam commodatarius aut fullo præstat ibidem in præcedentibus paragraphis: depositarium enim alioquin ad custodiam teneri, vel inde constat, quod depositum ad custodiam comparatum est l. 1. *D. Depositum vel contra.* Rursus Paulus l. 36. *D. de Actionibus empti ac venditi* ait, venditorem domus, dum eam tradat, custodiam & diligentiam præstare. Ulpianus quoque l. 1 §. 1. *de periculo & commodo rei vendite*, venditorem, vino vendito, custodiam ad diem præstare: custodia tamen utrimque aliter atque aliter sonat: nam in ista specie plenam, qualis commodatarii est l. 2. §. 1. l. 3. *D. eod. tit.* in illa communem & mediam, significat l. 35. §. 5. *D. de contrahenda emptione.* Hæc quo? ut pareat, custodiam diligentiamque pro contractu natura, & subjecta specie, majorem aut minorem exigere; & hanc, si cum illa comparetur, prope pro diligentia custodiæque non haberi: itaque d. l. 19. cum §. 1. d. l. 13. minime conjungendam esse: imo Ulpianum in d. §. 1. l. 13. ubi infir,

Venit autem in hac actione & dolus, & culpa; at in commodato venit & custodia: vis major non venit,

non hoc velle, in pignore nullam custodiam venire: (id enim stultum foret, & veritate contractus refelleretur (sed in eo dolum, & levem culpam venire; eaque siue diligentiam siue custodiam mediam comprehendi; quam & Paulus indicat l. 14. *D. de pignoratitia actione*: in commodato autem venire etiam hanc quæ paterfamilias diligentissimi atque accuratissimi est: ut bene Gajus l. 18. *D. Commodati vel contra*, §. l. 1. §. 4. *D. de obligationibus & actionibus*: id est, eam quæ per excellentiam custodia & diligentia Paulo appellatur d. lib. 2. *Sent. tit. 4. §. 3.*

Videntur tamen & hanc in pignore Philippus Augustus & Philippus Cæsar exigere verbis sequentibus l. 8. *C. de pignoratitia actione vel contra.*

Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora, ut ad severas, à parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes.

Sed id sic exaudies, quasi sit. Si non potest creditori ea imputari culpa quam cogitur jure civili præstare. Nulla enim creditoris culpa est, si non ea sit ad quæ tenetur, etsi alia & levior ostendatur, Possis etiā dicere, ad factū, quod Libello comprehensum fuit, ibi rescriptum esse: non jus certū & generale traditum esse. Atque ita est: dixerat debitor, creditorem pignoris restitutionē recusare prætextu amissionis quæ sine ejus culpa accidisset; sed hanc simulatam esse. Hæc facti species: ad quam ita Imperatores: Si,

ut prætendit creditor, nulla ei culpa imputari potest, pignorum amissionum dispendium ad ejus periculum non pertinet. sane, si eadem pignora, ut tu adseveras, ab eo simulata amissione possidentur, adversus eum experiri potes. Hæc Impe-

ratores? sed quia ad facti speciem, inde ad generale & certum jus non inferitur recte. Similis responsio sit ad l. 5. C. eod. tit. quam mihi similiter video objici. Cætera refutare piget.

CAPUT IV.

Celsus ex conjectura emendatus priore parte l. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta.

CELsus l. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta.

Dedit tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dari re non sequuta? In quod proclivior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rursus, si tuus est Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Digna res animadversione est, cur Celsus, data pecunia, ut Stichus daretur, potius scribat, esse contractum ob rem dati, quam emptionem & venditionem: nam contra testatur Paulus, si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptionem & venditionem esse: sin rem do, ut rem accipiam, rerum permutationem esse, non emptionem & venditionem l. 5. §. 1. D. de præscriptis verbis. Scio, Accursio sedet, pecuniam quantitate, aut corpore, æstimari: & quantitate quidem, cum numerata datur: corpore vero, cum loco definita datur; ut ea quæ in arca est: argumentumque esse in l. 108. §. 10. l. 30. §. pen. l. 5. §. 1. D. de legatis lib. 1. proinde referre, quamente, quaque forma pecunia detur: nam si, ut quantitas, datur, emptionem contrahi; sin ut corpus, non aliam intelligi obligationem, quam ob rem dari re non sequuta: alterum Paulum d. l. 5. §. 1. alterum Celsum d. l. ult. indigitare. Hoc Accursius. idem multi clari atque eruditi homines opinantur. Sed mihi displicet: quia Paulus l. 1. D. de contrahenda emptione in fit, pecuniam, postquam percussa est forma publica, usum sui dominiumque non tam ex substantia, quam ex quantitate, præbere: nec ultra utrumque mercem, sed alterum pretium, appellari: id vero si est: quæso, an causa sit, cur putetur Celsus, pecunia data, ut Stichus daretur, pecuniam magis pro merce, quam pro pretio accepisse, & ad primam ac rudem rerum originem a plana ac recepta distinctione rediisse? Sed non puto, esse: maxime cum scribat Ulpianus l. 7. §. 1. D. de contrahenda emptione, tamquam in re certa atque explorata, *Hujusmodi emptionem, quantum eum emisti, quantum pretii in arca habeo, valere, nec incertum pretium esse, tam evidenti venditione.* Quamquam sit ita, uti volunt viri eruditi, pecunia data quæ in arca est, magis corpus datum esse, quam pretium: quid id ad Celsum? nam simpliciter is, *Dedit tibi, inquit, pecuniam, ut mihi Stichum dares;* perinde ut Paulus l. 5. §. 1. D. de præscriptis verbis ait, *Siquidem pecuniam dem, ut rem accipiam:* non autem videtur cuiquam apud Paulum data pecunia quæ in arca est; non etiam dubium cuiquam est, quin ibi pecunia pro pretio sit, & em-

ptio venditio contrahatur: cur igitur aliud fingimus apud Celsum; apud quem sermonis par aut idem tenor?

Inquies, quia pecunia proponitur data esse, ut mihi Stichum dares, id est, ut Stichum meum faceres: non vero consequens est emptioni & venditioni, ut venditor rem emptoris faciat: sed ut ei vacuum rei possessionem tradat, & præterea caveat, eam sine interpellatione habere & obtinere licere, dolumque malum abesse abfuturumque esse l. 11. §. 1. & 2. l. 30. §. 1. l. 13. §. 21. D. de actionibus empti & venditi. l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione. Sed & hæc opinio tantum abest, ut mihi probetur, ut vix videatur habere colorem sanæ disputationis. Arridet tamen & ipsa Accursio, etiam aliis, & his magnis viris. At si verum est quod illi putant, hanc conventionem, *ut detur*, apud Celsum excludere conjecturam in ita emptionis & venditionis: profecto longe est, ut ob eam permutatio quoque apud Celsum facta videri possit: nam, quod ad dationem attinet, eadem est ratio utriusque contractus; neque magis oportet rem accipientis fieri ex causa permutationis, quam ex causa emptionis & venditionis: ut Paulus testatur l. 1. pr. D. de rerum permutatione; utrumque contractum sibi invicem hac in parte comparans. quin neque illud verum est, quod illi statuunt, venditorem numquam obligari ad dandum. nam etsi fatear, re simpliciter vendita, tantum actum videri, ut emptori liceat rem habere sine interpellatione, eoque nomine illi de evictione cautum sit: tamen cum palam actum est, ut res emptori detur, in eumque ejus dominium transeat ex jure Quiritium; nil causæ venditori est, cur minus & id præster, & de evictione caveat. Sed hoc jam pridem ostendi supra libro 2. cap. ult. Itaque apparet, pactum de dando neque adversari naturæ emptionis & venditionis, neque esse impedimento, quo minus, pecunia data, ut Stichus detur, emptio venditio dicatur. Negat tamen Celsus, ea in specie aliam esse obligationem, quam ob rem dari re non sequuta. Non inficior, id me diu multumque exercuisse; sed tandem accessi sententiæ conjicientium, pecuniam pro merce fuisse apud Celsum in d. l. ult. id vero non ideo ei fuisse visum, quod pecunia quæ in arca erat, pro re data esset; sed quia peregrina pecunia pro re esset data. quod enim pecunia usum sui dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, hoc Paulus l. 1. D. de contrahenda emptione tum probat; cum percussa est forma publica: (quo sensu apud Quintilianum legitur lib. 1. Inst. orat. c. 6. Utendum plane sermone, ut numo cui publica forma est. Et Seneca l. 5. De beneficiis c. 13. *Æs, inquit, alienum habere dicitur & qui aureos debet, & qui corium forma publica percussum, quale apud Lacedæmonios fuit, quod*

quod usum numerata pecunia praestat) at in peregrina pecunia Paulus non idem probat. imo de nummo victoriato sic scribit Plinius lib. 33. *Historia naturalis* c. 3. *Qui nunc victoriatu appellatur, lege Clodia percussus est; antea enim hic nummus ex Illyrico advectus mercis loco habebatur.* Amplius, Volusius Mæcianus, is quem Divi Fratres l. 17 *D. de jure patronatus* vocant suum amicum, & juris civilis præter veterem & fundatam peritiam anxie diligentem; is, inquam, Volusius Mæcianus, *Distributione de asse* infit. *Victoriatu nummus tantundem valet, quantum quinarium olim, ac peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum & drachma, habebatur.* Igitur liquet, Veteres, peregrina pecunia pro Stichum data, non pecuniam pro merce, sed mercem pro merce, datam credidisse: & ideo hunc contractum magis pro rerum permutatione, quam pro emptione & venditione accepisse. Quid id ad Celsum? inquires. num apud eum ulla vestigia peregrinae pecuniae, an quod

in peregrina jus fuit, hoc ut ad publicam & usitatam pecuniam transferatur, rationum consequentia efficitur? non puto. Quid ergo? Celsus male esse ex levi vulnere. Scriptum erat, *dedi tibi pec. ut mihi Stichum dares;* vel, *dedi tibi pec. ut mihi,* &c. Utrumque idem valebat, ut constat ex *Notis Veterum*; & volebat, *dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi,* &c. Sed imprudentior Librarius, cum arbitraretur, syllabam temere repetitam esse, tantum *pecuniam* scripsit, omisso verbo *peregrinam.* hoc restitue, & bene habebit Celsus: tolle, & vix erit, ut a culpa lata, nedum calumnia, excusetur: qui non quæsierit modo id quod omnibus in confesso fuit, pecunia pro Stichum data, utrum emptio venditio esset, an alia obligatio; sed in istam quoque sententiam se proclivorem dixerit, contra omnium placita. Idcirco, si quis velit vulgatam lectionem tueri, is viderit, ne dum illi nimium inservit, Jurisconsulti famam ac fidem offendant.

CAPUT V.

1. *Celsus declaratus parte altera l. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta.* 2. *& Paulo l. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis conciliatus.*

1. **S**equitur altera pars *l. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta*, in qua mirum est, cur Celsus, postquam dixit, data tibi pecunia, ut mihi Stichum dares, non esse emptiorem & venditionem, sed obligationem ob rem dati re non sequuta; ideo opinetur, si Stichus mortuus sit, me hoc repetere posse quod idcirco tibi dedi, ut mihi Stichum dares: nam e diverso scribit Paulus, si tibi dedi scyphos, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam praestitutum l. 5. §. 1. *D. de praescriptis verbis.* Quod si est; videtur eadem esse ratio contractus, do ut des, quæ est emptiorem & venditionis, aliter ac Celsus definit *d. l. ult.* Sed videamus, ne insignis differentia sit inter utrumque contractum: emptio enim & venditio perficitur, simul ac dere & pretio convenit; & ideo, live quid datum sit, live nihil datum sit, modo consensus sit, emptio & venditio dicitur, statimque competit actio ex empto & vendito ad consummationem ejus contractus: ad dati autem repetitionem neque illa competit, neque conditio ob causam dati causa non sequuta l. 12. *C. de contrahenda emptione.* l. 3. l. 7. l. 14. *C. de rescindenda venditione.* At contractus, do ut des, demum proficiscitur a re data; atque inde datur actio incerta praescriptis verbis; datur etiam conditio ob rem dati re non sequuta: illa urget contractus consummationem: ista dati repetitionem, & hanc non tantum tum, cum tu cessas dare, sed & tum, cum me dati pœnitet l. 3. §. 2. *& 3. item l. 5. D. de conditione causa data causa non sequuta.* Hæc cur tam varie? quia quidquid in emptione & venditione datur post consensum de re & pretio, datur perfecta emptione & venditione: denique solvitur quasi debitum: & ideo neque dati repetitio est, & tantum actio ex empto aut vendito competit ad complementum ejus contractus. at qui in contractu, do ut des, dat, neque debitum dat, neque ut se obliget, aut liberet: sed ut alterum obstringat sibi: proinde apparet, illi præter actionem praescriptis verbis ad id quod interest, etiam dati conditionem esse, siue quia res sequu-

ta non est, siue quia eum dati pœnitet l. 3. §. 2. *D. de conditione causa data causa non sequuta.* Fuerit tanti; quo res clarius fiat, de utraque ejus actionis causa paulo distinctius dixisse. Prior causa ex qua conditio ob rem dati indulgetur, est, quia res sequuta non est, siue cum posset sequi, siue cum non posset propter moram aut culpam tuam: & illo quidem casu, ne ego cujus tu fidem fallis, damnum patiar per te cui rem meam dedi, ut mihi tuam dares, cum non essem obligatus tibi: hoc autem casu mihi datur conditio: quia, cum culpa tua aut mora factum est, ne contra possis dare, non niquum est, si eam tibi potius, quam mihi imputes. Cæterum si ea res quam mihi dare debuisti, præter tuam culpam aut moram periit fortuito casu; tunc, quia per te non stat, quo minus eam mihi des, neque adeo est, quod imputetur tibi, conditio cessat hac ex causa. Sed dati conditio mihi datur non tantum tum, quum tu cessas dare; verum etiam tum, quum me pœnitet qui rem dedi tibi, ut mihi aliam dares; neque hic interest, utrum steterit per te, quo minus mihi dares, an per te non steterit; nam mihi sufficit, conditionem neque in hoc, neque in illo, casu ulla obligatione mea inhiberi. Igitur si res quæ mihi danda fuit, sine mora aut culpa tua periit fortuito casu, etsi per te non steterit, quo minus eam dares, & adeo mihi conditio denegatur ex priore causa, scilicet quia res sequuta non est, tamen ex causa pœnitentiæ non denegabitur: ut clare liquet ex l. 5. pr. *& §. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta.* Atque hoc Celsus vult in *d. l. ult.* cum infit, *Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares:* respicit enim ad conditionis partem illam quæ pœnitentia nititur, atque ex hac usum invenit. Sic, si res secuta non sit. Quod si secuta sit, sed aliter, quam oportuit, ut si, cum propria danda esset, aliena data sit, aut propria quidem, sed is qui debet dare, non caveat pro evictione? Et eo casu, quamquam secuta res est, tamen quia secuta est aliter,

quam oportuit, pœnitentiæ locus erit, & ex ea conditio dabitur ex sententia Celsi. Quid ergo est? apparet, differentias emptionis & permutationis in *d. l. ult.* tres adferri. prima est, quod, si mortuus est Stichus, antequam mihi datus esset, pecuniæ datæ mihi repetitio est: quia etsi per te non steterit, quo minus dares; tamen, quamdiu non dedisti, est mihi jus pœnitentiæ: at in emptione & venditione, postquam consensus est de re & pretio, jus pœnitentiæ non est. altera differentia est, quod, si alienus Stichus est, sed tu eum tradidisti, adhuc, quia non dedisti, etsi tradidisti, tamen ex pœnitentia a te repetam id quod tibi ideo dedi, ut mihi Stichum dares: quod item aliter observatur in emptione & venditione. tertia differentia est, quod si tuus Stichus est, & pro evictione ejus promittere non vis, similiter verius est, ex causa pœnitentiæ mihi fore dati conditionem: quia oportet te non tantum dare, sed & cavere pro evictione, pariter ut in emptione & venditione: in qua tamen quia & conditio, & pœnitentia cessat, differentia tertia est. Exposui Celsum in *d. l. ult.*

2. Venio ad Paulum in *d. l. 5. §. 1. D. de præscriptis verbis*: qui cum ait, *Si tibi scyphos dedi, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præstare debere*: spectat, opinor, ad actionem præscriptis verbis: quæ mihi competit adversus te, cum vel potes mihi Stichum dare, vel culpa aut mora tua fecisti, ne possis; verum, cum Stichus periit sine culpa & mora tua, mihi non competit: igitur, si respicias ad hanc actionem, verissime infit Paulus, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præstare debere: quia hac actione neque eum petere possum, neque id quod mea interest, illum mihi datum esse. Idem dicendum est, si respicias ad conditionem ob causam dati causa non sequuta; dum agatur ex illa parte, quod res sequuta non est: nam nec ex ea agi potest; si casus fortuitus Stichum sustulit sine culpa aut mora tua: quia per te non stetit,

quo minus dares, nec est quod tibi imputetur: igitur in hoc quoque casu placet quod Paulus ait, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præstare debere. Hæc (opinor) Paulus definit in *d. l. 5. §. 1.* sed hæc tantum, & nihil præterea, non igitur sic debet accipi, quasi neget mihi scyphorum conditionem etiam ex capite pœnitentiæ, ideo quod eam negat mihi ex eo capite, quod res sequuta non est: nam & diversa hæc capita sunt, neque Paulus ibi de pœnitentia aut sensit quid aut dixit: igitur nec debet ad hanc extendi: utique non magis, quam Ulpianus in *l. 3. §. 3. D. de conditione causa data causa non sequuta*: apud quem versus, *Sed si Stichus decesserit* &c. plane similiter intelligendus est: id est, tantum de ea conditionis parte quæ usum invenit ob rem non sequutam, non etiam de illa quæ habet locum ex causa pœnitentiæ: prorsus perinde, ac si in fine ejusdem loci post hæc verba, *Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse; si minus, cessare*, sequerentur illa verba, *nisi pœniteat*, pariter ut in verbis præcedentibus: id enim & connexio ostendit, & ratio quam supra attuli, sed in primis ipse Ulpianus *l. 5. D. eod. tit.* cujus verba adscripsi. *Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato TIBI ad proficiscendum CONDITIO TEMPORIS vel VALETUDINIS IMPEDIMENTO fuerit, quo minus proficisceris: an condici possit, videndum? ET, CUM PER TE NON STETERIT, potest dici REPETITIONEM CESSARE. SED CUM LICEAT POENITERE EI, QUI DEDIT, PROCUL DUBIO REPETETUR* id, quod datum est. Nisi. & reliqua. Eodem pertinent in *§. ult.* ejusdem loci verba hæc: *Enimvero si nihil eorum facturum, ipsi adhuc servum dicimus obisse, decederet enim & si non accepisset, ut manumitteret.* Quæ observanda sunt: simul, apparere ex his, quemadmodum accipiendus sit tenor *l. pen. C. de conditione ob causam datorum.*

CAPUT VI.

Lacuna expleta apud Paulum l. 7. D. de nautico fœnore.

PAuli vitium sit, an Librarii, haud definitio: vitium certe est in his verbis *l. 7. D. de nautico fœnore.*

In quibusdam contractibus etiam usura debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dederō decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.

Defunt verba ex pacto: adjice, & lege.

In quibusdam contractibus etiam ex pacto usura debentur, quemadmodum per stipulationem. & reliqua.

Sensus Pauli, Usuras in quibusdam contractibus etiam ex pacto deberi, quemadmodum alioquin debentur per stipulationem: vel, quod idem, usuras in quibusdam contractibus æque ex pacto deberi, atque ex stipulatione. Quod & sequentibus Pauli verbis respondet, & istis Scævola: *In hisce autem omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest l. 5. §. 1. D. eod. tit.* Item his Pauli *l. 30. D. de usuris.* Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usura creditarum ab eis pecuniarum. Et Imperatorum *l. 12. C. eod. tit.* Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est.

CAPUT VII.

1. *Pœna legis Corneliae de sicariis puniri latrocinium, sive homicidium dolo malo factum.*
2. *Non id quod in rixa fortuita atque improvise contingit subito impetu.*
3. *Varia lectiones l. 1. §. 3. D. Ad legem Corneliam de sicariis.*
4. *Interpretatio prioris partis ejusdem loci.*
5. *Pars posterior emendatur.*
6. *Tentatur ejus interpunctio in Titulo. I. Col-*
latio-

lationis Legum Mosaicarum & Romanarum. 7. Eadem pars posterior exponitur: simul, quid juris sit, si homo impetu in rixa fortuita, aut per lasciviam occisus sit.

1. **L**Ege Cornelia quam de sicariis tulit Lucius Cornelius Sylla, cautum fuit de pœna ejus qui hominem occiderit, aut hominis occidendi, furtive faciendi, causa cum telo ambulaverit. Ea pœna fuit interdictio aquæ & ignis cum omnium bonorum ademptione. Ei substituta post deportatio cum omnium bonorum ademptione, præsertim adversus eos qui altioris dignitatis essent; qui autem in secundo gradu consisterent, hos placuit capite puniri; humiliores vero vel bestiis subjici, vel in crucem tolli *l. 3. §. pen. & l. 16. D. Ad legem Cornelianam de sicariis. Paulus lib. 5. Sent. tit. 21.* Sed utcumque se ea pœna habuit; fuit hæc legis Corneliæ ratio, homicidium persequi, non qualecumque, sed a sciente dolo malo factum: neque igitur alium pro homicida habere, quam latronem. Fuit argumentum, quod ea lex, quia sicarios coërcet, Cornelia de sicariis appellatur. illi autem qui sunt, nisi latrones, habentes sub veste fidas, sive parvos atque incurvos gladios quibus homines non modo in tenebris aut solitudine, (quas latrones alioquin quærere abscondendo sceleri, notant Seneca *lib. 3. De irac. 19.* & Plinius *Paneg. c. 34.*) sed etiam in turba, & mero die, utcumque per insidias, & non opinantes occidunt: ut optime ostendit V. CL. Barnabas Brissonus, *lib. 2. Select. antiq. c. xi.* Porro et si non negem, idem verbum per abusum etiam extendi ad omnes qui cædem quocumque teli genere commiserint, auctore Quintiliano *lib. 10. Inst. orat. c. 1.* non tamen ad alios interpretando porrigitur, quam qui cædem ex proposito & voluntate commisisse dicuntur. Eique rei vel illud indicio est, quod Paulus *l. 7. D. Ad legem Cornelianam de sicariis* scribit, *In lege Cornelia dolum pro facto accipi; nec in hac lege culpam latam pro dolo haberi.* Hoc enim quid significat, præterquam lege Cornelia quidem consilium ac voluntatem, non autem imprudentiam, seu culpam, nec latam quidem, coërceri? Atque id non modo Paulus, sed plerique etiam Veteres testantur: cum ajunt, homicidium quod sponte & dolo malo, quod consulto & voluntate, factum est, demum lege Cornelia de sicariis vindicari *l. 16. D. & l. 1. C. eod. tit. & tot. Tit. 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.* Adeo, quod ad hanc legem attinet; homicidium latrocinio finitur; & quæ pœna homicidii, ea latrocinii videntur; atque ut homicidæ, ita latrones, aut deportantur, aut capite puniuntur, aut bestiis objiciuntur, aut in crucem tolluntur. Ne res probatione egeat, testem pœnæ deportationis habeo Marcianum *l. 5. D. de lege Pompeja de parricidiis*: qui refert, D. Hadrianum in insulam deportasse quemdam, quod in venatione necaverat filium qui novercam adulterabat: & addit causam pœnæ, quod magis latronis, quam patris, jure eum interfecerat: id est, quod eum non tamquam pater occiderat jure patriæ potestatis; sed tamquam latro, quarens opportunitatem venationis & solitudinis. Habes deportationem: crucem & bestias quæris. De illa Seneca, *Epist. 7. ad Lucilium*, verbis sequentibus. *Latrocinium fecit aliquis. Quid ergo? mernit ut suspendatur. Occidit hominem: qui occidit, ille mernit, ut hoc patere- retur.* Petronius quoque in *Satyrico*. Verba Petronii. *Cum interim Imperator provincia latrones jussit*

crucibus affigi. Utriusque pœnæ, id est, & crucis & bestiarum, meminit Callistratus *l. 28. §. 15. D. de pœnis*: *Famosos, inquit, latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt.* Bestias & furcam vides; crucem non vides: sed quia Tribonianus, quod observavit V. CL. Jacobus Cujacius, pro cruce furcam substituit: sublata jam a Constantino crucis pœna. Nisi furca figi apud Callistratum dicitur pro cruce figi; ut patibulo affigi pro cruce affigi, apud Trebellium Pollionem in *Triginta tyrannis, vita Celsi inf. p. 327.* Novo injuria genere imago (Celsi) in crucem sublata, persultante vulgo, quasi patibulo ipse Celsus videretur affixus. Similiter Justinus de *Bomilcare lib. 22.* *Ob quam noxam in medio foro a Pœnis patibulo suffixus est.* Sed *Bomilcar magno animo crudelitatem civium tulit: adeo ut de summa cruce, velut de tribunali, in Pœnorum scelera concionaretur.* Immo Plinius *lib. 29. Nat. hist. c. 4.* dixit, *in furca figi pro cruce figi.* Verba Plinii. *Supplicia annua canes pendunt inter eadem Juventutis & Summani, vivi in furca sambucea arbore fixi.* Id est, patibulo ex sambucea arbore: ut Salmasius exponit *De cruce p. 415.* Apud Festum. *Sunt furcilla, quibus homines suspendebant.*

2. Inquires, quo hæc pertinet præparatio? nempe, ut ostendam, homicidium in lege Cornelia significare id quod consulto & deliberato, seu integra voluntate, factum est: non quod in rixa fortuita atque improvisa contigit subito impetu; hoc est, qua imprudentia, sine consilio, sine voluntate, saltem integra: idque indigitari Rescripto Imperatoris Hadriani cujus verba apud Marcianum *l. 1. §. 3. D. Ad legem Cornelianam de sicariis & veneficiis* hæc sunt.

Divus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse: & qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: & ex re constituendum hoc. nam si gladium strinxerit, & in eo percusserit: indubitate occidendi animo id eum admisisse. Sed si clavi percussit, aut cucuma in rixa: quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus, qui in rixa causa magis, quam voluntate homicidium admisit.

3. Ita Florentiæ legitur. apud Accursium vero editur *clava*. Sed placet *clavi*: quia & Scholiastes Græcus hoc verbum servat *Basilic. lib. 60. tit. 39.* Scholio ad hunc locum. Etiam propior ea lectio ab illa, *si lapide percussit aut cucuma*, quæ in eodem Rescripto est apud Ulpianum *sub. Tit. 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.* Illud non improbem quod Accursius pro *qui in rixa causa magis quam voluntate homicidium admisit*, quæ est scriptura Florentini codicis, scribit, *qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium admisit.* nam hanc probat non modo Græcus Scholiastes, sed etiam Ulpianus *d. Tit. 1.* cum inquit, *Distinctionem casus & voluntatis in homicidio servari, rescripto Hadriani confirmatur.* Quid? quod ipse Hadrianus alibi *d. Tit. 1.* similiter ait, *Referre & in majoribus delictis consulto aliquid admittatur, an casu.* Verum ad rem.

4. Ait Marcianus, Hadrianum rescripisse, homicidium lege Cornelia tantum animo censeri, non etiam exitu: animum vero ex re, id est, ex causa l. 28. §. 1. D. *Ad legem Aquiliam*, ex facto l. 1. §. 2. D. *de doli mali* & metus exceptione, sive ex circumstantiis, intelligi. Hoc Hadrianum duobus exemplis ostendisse: primum esse, Si gladium strinxerit, & in eo percusserit. In eo dixit pro eo: usitata locutione quam Salmasius indicavit ad Trebellii Pollionis *Triginta tyrannos*, ad finem *Titi* p. 344. col. 1. Cui ego illud addo ex Apuleji lib. 3. *De asino aureo*. At illi barbari prorsus & immanes homines neque fugam capessunt, & cum me viderent in ferro, tamen audaciter resistunt. Tum imprimis hoc ex Ambrosio lib. 1. *De interpellat. Job. c. 1. pag. 604. col. 2. Chaldei imposuerunt tres turmas & circumierunt camelos & captivos tulerunt eos, & pueros interfecerunt in gladiis*. Ait igitur Hadrianus, Si (quis) gladium strinxerit, & in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse. Quod sic accipe, Si gladium ultro strinxit: & hoc occisum sponte aggressus est more latronis: non si impetu fecit in rixa fortuita atque improvisa. Argumentum mihi, quod huius impetus vel rixæ ab Hadriano hoc in versu mentio nulla fit? cum in sequente versu bis fiat. porro si ea rixa, simul subitus atque improvisus animi motus, liquet: non videtur gladius integrare voluntatem cui impetus derogat, & mentis occæcatio adversatur: ut Cicero censet in *Topicis*, cum sic inquit. *Cadunt in ignorantiam, atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quanquam sint voluntaria, oburgatione enim atque admonitione deiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur*. Sic Cicero: sed & ipse si ve Hadrianus, si ve Marcianus, in fine d. §. 3. scribens, *Leniendam poenam ejus qui in rixa casu magis: quam voluntate homicidium admisit*. Animi enim perturbationem quam rixa movit, ab occidendi voluntate quam lex Cornelia punit, aperte discernit. Apertius tamen is, l. 11. §. 2. D. *de poenis* ait, *Delinqui aut proposito, aut impetu, aut casu: proposito delinquere latrones, qui factionem habent: impetu autem, cum per ebrietatem ad manus, aut ad ferrum venit: casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit*. Ita Marcianus: prorsus et si ferrum intervenit, impetum a proposito, vel, quod idem, a dolo ac voluntate, separans. Non igitur ferrum, seu gladius, si ve Hadriano, si ve Marciano, semper atque indistincte est pro indicio cordis dolo aut proposito admixtæ: sed tum, si homicidium gladio factum arguitur; neque impetus, neque rixa, paret. Hoc adeo verum est, ut si quis contra putet, homicidium tantum a teli genere distinguendum esse, is etiam eum qui cum gladio est qualemcumque ob causam, hominis occidendi causa cum gladio esse, & ideo lege Cornelia teneri, arbitrari debeat: illa enim lex illum qui hominem dolo malo occidit, & hunc qui hominis occidendi causa cum telo fuit, pariter persequitur. Sed hoc quam non modo falsum, sed etiam ineptum sit, Ulpiani, Ciceronis & Quintiliani, testimonio constat: quorum Ulpianus lib. 7 *De officio Proconsulis*, sub Titulo *De Sicariis & Veneficis*, de capite scribens primo, *Hæc, inquit, lex non omnem, qui cum telo ambulaverit, punit, sed eum tantum, qui hominis necandi, furtive faciendi causa telum gerit, coercet, compescit*. Tit. 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*. Cicero autem *Pro Milone*. *Et si persapienter & quodammodo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi, quæ non modo hominem occidi, sed esse cum*

telo hominis occidendi causa vetat: ut, cum causæ, non telum quaereretur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum judicaretur. Quintilianus etiam *Declam. 17*. Ita, inquit, parricide argumentum est & hoc ipsum quod habuisti venenum. Omnibus, Iudices, quibus ad scelus conatus adjuvatur deteriorum quotidie fecunda mortalitas, non hanc solam potentiam natura concessit, in quam malis mentibus & nocentium ducuntur ingenii; sed illis usus ex animo est, totumque quod faciunt, de conscientia possidentis accipiunt. Quid enim, si latronem gladio tantum probes? Sic munimus & somnos. Excute peregrinantium sinus: hærent tela sollicitis. Non vetant ista leges parare, prospicere: nec instrumenta prohibent, sed æstimant usus. Tantum de priore Hadriani exemplo.

5. Sequitur alterum in his verbis: *Sed si clavi percussit, aut cuccumam in rixa: quamvis ferro percussit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus; qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium admisit*. Quid in his velit id, quamvis ferro percussit, non intelligo: nam ante facta fuit cuccumæ mentio; cuccumæ vero est genus vasis instar cucumeris, si ve ex ferro sit, si ve ex ferro sit, si ve ex alia materia, ut ex ære, aut luto, seu terra: sicut in *Memoralibus* annotavit Catellianus Cotta. Quamquam demus, cuccumam esse ex ferro: quid postea? an eo, quod est ferrum, vel ex ferro factum, hoc si alius percussit, & occiditur, semper atque indistincte potest probari occidendi animus? non dices: nam & gladius ex ferro est: is tamen si in rixa strictus est, & eo cædes facta; non utique occidendi animo cædes facta intelligitur. cui rei igitur illa adjectio, *quamvis ferro percussit*? utrum lex Cornelia de ferro loquuta est, ut necesse fuerit, hac admonitione verbi calumniæ occurrere? an in hoc aut præcedente versu de ferro dictum, quod homine in eo percusso perempto ve ad convincendum occidendi animum sufficiat? non video, neque apparet: minus, cui hoc *quamvis ferro percussit*, aut juste respondeat, aut sano sensu opponatur. Nisi putes, Hadrianum verbo ferro indigitare gladium cujus meminit priore versu. Et tamen quod de gladio dixit, non hanc causam habet, quod gladius plerumque ex ferro est, quodve occidendi voluntas facilius ex ferro, quam ex ære, ligno, aut lapide, ostenditur: sed quia ibi quis dicitur, alium gladio percussisse sine rixa aut simili ex quo animi impetus ac perturbatio moveri ac deprehendi posset; & adeo alia, quam occidendi, causa appareret. Sic est, cum Hadrianus inquit, *sed si clavi percussit, aut cuccumam in rixa, quamvis ferro percussit*, hoc verbo ferro, non ferream clavem, neque ferream cuccumam, sed gladium, designat: ut in l. 5. D. *Ad legem Aquiliam*, l. xi. §. 2. D. *de poenis*, & passim, ubi de cæde sermo est, & ferri mentio fit, vel Quintiliano teste lib. 13. *Instit. orat. c. 1. verbis sequentibus. Sunt autem alia huius natura, ut idem pluribus vocibus declarent, ita ut nihil significationis, quo potius utaris, intersit, ut ensis & gladius. Alia quæ etiam si propriarum aliquarum sint nomina, tamen ad eundem intellectum feruntur, ut ferrum & mucro*. Quid ergo? non sic accipiendus Hadrianus, quasi dicat, quamvis clavis aut cuccumæ ferrea fuerit, quod voluit Scholiastes Græcus *Basilic. lib. 60. tit. 39. etiam V. CL. Gulielmus Budæus, Notis reliquis ad Pandectas*, & plerique Interpretes arbitrati sunt: sed quasi posteriorem versum anteri-

riori opponat, totoque Rescripto hoc agat tantum, ut hunc casum in quo ad manus vel ad ferrum ventum est per rixam & inconsultam animi perturbationem, ab eo distinguat in quo gladius sine rixa sponte strictus, & insultatio in hoc sine consimili animi motu in modum latrocinii facta est. Sed id ex verbo *rixam*, quo Hadrianus iterum utitur hoc in versu, & his quæ dicta sunt ad priorem speciem, satis intelligitur: itaque persuasi mihi, eum versum, translato verbo *ferrum*, & inserta vocula *aut*, ita restitui posse.

Sed si clavi percussit, aut cucuma, aut ferro in rixa; quamvis percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium admisit.

Vel.

Sed si clavi percussit, aut cucuma, aut in rixa ferro; quamvis percusserit, tamen. Et reliqua.

6. Hæc mea conjectura, si conjectura dicenda est in quam me, velut manu, ipsa Hadriani duxerunt verba, quæ Ulpianus recitat ex eodem Rescripto Tit. 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*.

Nam si gladium instrinxit, aut telo percussit, quid dubium est quin occidendi animo percusserit? Sic lapide percussit, aut cucuma, aut cum forte rixaretur, ferro percussit, sed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio cum jure jubete affici.

Hæc vulgata hujus loci interpunctio: sed vereor, ne corrupta sit, & sic emendanda.

Sic lapide percussit, aut cucuma, aut ferro, cum forte rixaretur, percussit, sed non occidendi mente. Ergo. &c.

7. Vides, Hadrianum lapidis, cucumæ, & ferri, meminisse: his voculam *aut* non semel, ut apud Marcianum in Pandectis, sed, ut a me factum, bis apponere: itaque ferrum a lapide, vel, ut apud Marcianum est, a clavi & cucuma, separare: sensumque esse, Si forte rixa, verbi gratia, in lusu aut convivio orta subito & præter consilium, furor arma ministravit, alter clavem aut cucumam aut ferrum seu gladium apprehendit, & adversarium occidit; non videri occidendi animum fuisse. qua causa? quia is qui alium sic percussit in rixa, etsi eum occidit, non tamen consulto neque deliberato percussit; sed impetu, sed animi perturbatione, sed iræ calore inconsulto, adactus, &, ut proprie atque apposite Patroclus in illo Homeri apud Claudium Saturninum l. 16. §. 8. *D. de pœnis*,

Imprudens, invitus, circa telos iratus.

Profus ita est: qui alium in rixa, ut Patroclus collatorem suum in talorum lusu, occidit; is sive gladio,

sive cucuma, sive clave, occidit: poterit a lege Cornelia absolvi. Ut tamen (si Marciano credimus d. l. 1. §. 3.) ei lenior pœna infligatur, quam ob rem? quia lex Cornelia voluntatem punit: at hic alium magis casu, quam voluntate, occidit: sic Marcianus loquitur: casu, inquam, id est ut Saturninus in fit d. l. 16. §. 8. fortuito, vel (ut ipse Marcianus l. 2. *D. de legibus*) non sponte, sed involuntarie, vel (ut idem Marcianus d. l. xi. §. 2. *D. de pœnis*) magis impetu, quam proposito: casu tamen, & necessitate, atque ignorantia; si impetum cum dolo, id est, cum proposito & deliberatione, compares: quod lex Cornelia desiderat. Hoc sensu in fit Cicero in *Topicis* d. loc. *Cadunt in ignorantiam atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quamquam sint voluntaria, oburgatione enim & admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Ulpianus quoque l. 5. §. ult. *D. de pœnis*. Verba Ulpiani. Refert & in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu. Et sane in omnibus criminibus distinctio hæc poenam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere: Ulpianus casum opponit consilio; poenam justam temperamento: porro consilium dicit pro dolo; casum pro eo quod dolo caret, sed culpa atque imprudentia non caret: denique casum vocat eum qui lasciviam sequutus & sagi jactationem: id est, lulum noxium qui ab initio culpam habet: ut apparet ex integro loco qui extat Tit. 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*. Igitur sic definit Ulpianus, si homicidium sit consulto seu dolo & proposito factum, pœnæ justæ, id est, pœnæ legis Corneliæ (nam de hæc ei sermo est) locum fieri: sin casu id est, lascivia & culpa, non illi, sed temperamento, id est, relegationi in persona honestiore, ut constat ex d. Tit. 1. §. 4. §. 1. *D. Ad Legem Cornelianam de sicariis & veneficis*, vel, quod Marcianus d. l. 1. §. 3. vult in proposita specie, a lege, id est, a lege Cornelia, absolvi, sed poenam leniendam. Vides meam interpretationem: quam juvat similis Salviani locutio l. 4. *De gubernatione Dei*, p. 99. quam adscripsi. Verba Salviani. Nos, quantum ad crimina nostra pertinet, lethalibus suppliciis digni sumus: sed ille, plus misericordie tribuens quam severitati, mavult nos clementis censura temperamento emendare, quam plaga justæ coercionis occidere. Ita Salvianus. Paulus hæc sic effert d. Tit. 1. *Qui hominem occidit, aliquando absoluitur, & qui non occidit, ut homicida damnatur: consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est. Ideoque qui, cum vellet occidere, casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur: & is, qui casu teli hominem imprudenter ferierit absoluitur. Quod si in rixa percussus homo fuerit, quoniam ictus quoque ipsos contra unumquemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum aut in metallum damnantur, honestiores dimidia parte bonorum mulctati relegantur.*

C A P I T V M VIII.

Quædam quæ priori sententiæ adversari videntur, ratione & Veterum auctoritate infirmantur.

Explicui meam sententiam de difficili & obscuro loco Marciani l. 1. §. 3. *D. Ad legem Cornelianam de sicariis & veneficis*, ipsam, nisi fallor, convenientem humanæ fragilitati, & usu populi Romani, Veterumque Sapientum suffragio atque

auctoritate, subnixam. quam cum ante aliquot annos fecissem publici juris: deinde animadver, existimare Virum Amplissimum, Ulricum Huberum, eam procul abesse a via rationis & Themidos: sic enim scribit. At quam recte, age, collatis argu-

men-

mentis putemus : nam & frustra id dixerit Vir Amplissimus , & ego frustra negaverim , apud idoneos rerum aestimatores , nisi rebus demonstretur.

Primum ejus argumentum est , *Si homicidia quæ in rixa sunt subitis animi motibus , etsi cultro , sica aut gladio , extra ordinem leniore , quam capitis , supplicio adficienda sunt ; ergo fas fore , Lapithas & Centauros convivias , fortuitis rixis & promiscua cade cruentata , sine metu mortis celebrare*. Hoc primum argumentum est. At quam nullam habeat vim consequentia , item quam male Centaurorum rixas appellet fortuitas , ex facto intelliges. Id factum tale est , ut quidem ab Ovidio proponitur *lib. XII. Metamorph.* Pirithous , Ixionis regis Lapitharum filius , uxorem duxit Hippodamen. is cum ad nuptias inter alios vocasset Centauros ; ex his Eurytus Hippodamen , mox alias alii , quam quisque volebat , aut poterat , ad stuprum aut adulterium rapuerunt. Huic flagitio tam immani primus Theseus , deinde & cæteri qui aderant , principes intercessere : inde rixa , ex ea vulnera , & cædes , subsequuta sunt. Vides factum , & ex eo sensum objecti argumenti. is sensus est , Si homicidia quæ in rixa plane fortuita & improvisa sunt subitis animi motibus , etsi cultro , sica aut gladio , saltem extra ordinem sunt afficienda leniore , quam capitis , supplicio ; ergo fas fore Centauris , uxores & sponfas Lapitharum in solemni convivio nefario scelere & consilio rapere ad stuprum atque adulterium ; Lapithasque , vim a se & suis jure optimo repellentes , armis vulnerare , aut occidere sine metu mortis. Is sensus argumenti : cujus quam absurda sit consequentia , quis non videt ? petitur enim à temperamento pœnæ involuntarii delicti & culpæ erroris plane humani ad excusationem propositi & sceleris , quam improbi , tam detestabilis , Centaurorum : qui quum sponte venerint ad raptum Hippodames , cæterarumque mulierum Lapitharum , neque habent ejus excusationem , & existimandi sunt , etiam ea quæ deinde per iram involuntarie fecerunt , sponte ac voluntate fecisse : saltem , cum dederint causam , cur à Lapithis debuerint vim pati ; quid dubium est , quin ea ipsis , non Lapithis , imputanda videatur : per *l. 6. C. Ad legem Juliam de vi publica* ?

Ejusdem pretii est hoc quod deinde adfertur , Si obtineret mea sententia , consequens fore , *Ut , qui rapido furore sodalium sanguinem duellis hauriunt , nihil amplius metuant ultorem gladium*. Nam neque hoc placet , aut sequitur ulla ratio. quando nihil aliud dixi , quam quod , si quis alterum in fortuita rixa occidit subito & improvise impetu , humanitati convenit , eum puniri mitius , quam si homicidium consulto & deliberato fecisset. huc autem quid facit comparatio duelli : in quo uterque , plerumque statò condicto tempore & loco , sæpe etiam advocatis auxiliis atque arbitris , sponte procedit ad pugnam : in qua si cædes fiat , etsi ira , tamen tantum abest , ut in fortuita rixa fiat subito atque improvise impetu , ut e contrario pessimo non solum exemplo , sed etiam proposito , fieri ; & ideo ad severitatem legis Corneliæ vel maxime pertinere , videatur.

Tertium argumentum est. *Quod , si homicidium ab ordinaria pœna excusatur , propter subitum impetum , similiter ordinaria furti pœna eximendi sunt qui subita cupiditate accensi , res alienas abstulerunt ; item , qui alienam matrem familias improvisa libidine motus corripit , expressa legis Juliae sanctione non tenetur*. At quis non videt , quam male procedat

argumentum à fortuita & subita ira ob quam homicidium , in rixa factum , ab ordinaria pœna excusatur , ad excusationem pœnæ furti aut adulterii subito impetu commissi ? Nam qui ad cædem movetur improvisa & repentina ira , fere ab alio movetur aut damno aut contemptu aut dolore aut metu aut qua alia injuria : qua etsi imprudenter & ad breve tempus , tamen statim , & specie juris , extra se rapitur : hoc magis , quo minus assuetus est ea pati , & quo magis illi malo occurrendum arbitratur. At qui libidine aut cupiditate incitatur ad adulterium aut furtum , neque habet quod alii imputet , ne colore quidem juris ; & ut plurimum movetur appetitu boni , sæpe imaginarii , semper turpis , etiam alias comparabilis ; & ideo magis sponte ac voluntate , quam is qui ira accensus est , peccare , minusque excusandus videtur : ut vere & pulchre definit Hugo Grotius , Vir Summus *lib. 2. De jure belli & pacis c. 20. §. 31.* & , quem is allegat , Aristoteles multis locis , maxime *lib. 6. Eudemor. c. 6. & lib. 2. Magnor. moral. c. 6. & De moribus lib. 7. c. 7.* etiam Imperator , Marcus Antoninus , *lib. 2. De se ipso §. 10.* sic scribens. *Philosophice Theophrastus , in peccatis inter se conferendis , prout vulgo conferri solent , dicit , graviora esse , quæ per cupidinem ; quam quæ per iram admittuntur : etenim , qui irascitur , cum dolore quodam & contractione animi occulta à rationis tramite declinare videtur ; qui vero per cupiditatem delinquit , quia voluptate vincitur , intemperantior quodammodo & in peccando effeminator videtur. Recte igitur nec indigne Philosopho pronuntiavit , amplioris esse criminis , quod cum voluptate , quam quod cum dolore admittitur. Atque omnino alter similior ei existit , qui prior latus doloris ratione ad irascendum adigitur , cum is sponte sua ad lendum feratur , qui ad perpetrandum quidquam cupidine ducitur.*

Possem plura adferre : verum hæc suffecerint de jiciendis illis quibus adversus me usus fuit Vir Amplissimus : maxime , quando ipse fatetur , posse singularibus & exquisitis personarum rixarumque circumstantiis judici mitiganda pœna causam dari ; & Alciatum allegat , apud quem puer fortuita ira colulorem suum cultro percusserat. Id vero quid est , nisi , desertis partibus suis , in meas transire ? quippe cum idem quod ego , Alciatus sentiat *lib. 4. Dispunct. c. 17.* Itaque inanis est declamatio quam mox subjicit Vir Cl. , *Si quis putet inde colligendum , homicidia qualibet , rixandi studio siccis & gladiis admissa , mitiore , quam capitis supplicio adficienda esse , ne illam parum consulturum incolumitati generis humani , quod salvum esse non possit , si violenti affectus rigidis pœnarum frenis à facinoribus non cohibeantur*. Nihil enim ea declamatio ad meam pertinet sententiam : quæ non rixandi studio ignoscit , sed rixæ fortuitæ atque incogitatæ : sed neque vult , homicidium in rixa factum primo impetu , quia à capitali pœna excusatur , ideo aut justum esse , aut impunitum ; sed solum , nontam malum esse , quam cogitato & deliberato factum : alterum enim hominis improbi & flagitiosi , alterum imprudentis & errantis , esse : neque igitur pari atque eadem severitate puniendum. quo sensu infit Cicero *lib. 1. De officiis*. In omni injustitia permultum interest , utrum perturbatione aliqua animi , quæ plerumque brevis est & ad tempus , an consulto & cogitato fiat injuria : leviora enim sunt , quæ repentino aliquo motu accidunt , quam ea , quæ meditata & preparata inferuntur. Sic Cicero : addo , Plato

De legibus, dialog. ix. Verba Platonis. Duplicem cadem ponere placet, utramque ira factam, quas inter voluntarias & involuntarias actiones medias jure posuerim. Neutra enim voluntaria revera, vel involuntaria est, sed altera alterius est imago. Nam ille quidem, qui iram servat, nec repente; sed cum insidius se postea vindicat, homicida voluntarii est persimilis: & qui non servat, sed primo ira impetu fertur, & absque premeditatione interficit, involuntarii homicida similis judicatur. Non tamen omnino involuntarius est, sed involuntarii habere similitudinem dicitur. Quocirca per iram commissa cades difficile determinantur, utrum

voluntaria, an contra ponende sint. Optima igitur & verissima sententia est, utrasque imagines appellare, easque seorsum ita distinguere, ut altera consulto, altera inconsulto committi dicatur. Majora vero supplicia illis decet imponere, qui consulto per iram interfecerunt; illis contra, qui repente & inconsulto, leviora. Nempe, quod graviore malo simile, asperius, quod vero leviori, mitius puniendum. Ita certe nostris legibus agendum est. Exposui meam, simul Amplissimi Viri, Ultici Huberi, sententiam: illud superest, ut per te æstimes, utrius sententia longius absit à via rationis & Themidos, mea, an illius.

CAPUT IX.

Ulpianus emendatus Tit. i. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.

Restitui Rescriptum Divi Hadriani quod exstat apud Marcianum l. 1. §. 3. D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis. Experiar, quid in Ulpiano possim: apud quem idem Hadriani Rescriptum, sed corruptius, proditur. experiar autem eo libentius, quo justius operam meam vicissim exigit qui in Marciani disputatione mihi per se egregie adfuit. Sed primum Ulpiani verba adscribam. Ea in Tit. i. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum forma hac sunt.

Distinctionem casus & voluntatis in homicidio servari, rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti. Et qui hominem occidit, absolvi solet, scilicet si non occidendi animo id admisit: & qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. Ere itaque constituendum est ex quo ferro percussit, ipsa funditus. Nam si gladium strinxit, aut telo percussit, quid dubium est quin occidendi animo percusserit? Sic lapide percussit, aut cuccuma, aut cum forte rixaretur, ferro percussit, sed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio cum jure iubeto affici.

Hunc locum Petrus Pithæus ex Fratris sui conjectura ita emendat: Ut homicidii reum supplicio majore iubete affici. Ipse de suo addit. Ut homicidam servum supplicio majore. Sic Pithæus. Sed neutrum probat Samuel Petitus, quin is lib. 2. Observ. c. 6. putat, vitium esse in versu, ere itaque; in eoque esse legendum, era itaque constituendum est, & quo ferro percussit ipsam: fundus id. eram autem, live heram exponit dominam: eam fingit à servo suo percussam, & hunc apud Præsidem cædis, quamvis non perfectæ, tamen intentatæ, accusare: itaque rescribi Præsidi, heræ probandum esse, quo instrumento ipsam percusserit, & in eo accusationis fundum esse. Argumentum Petito ex Rescripti fine: quem ut ad Præsidem sit, sic restituit. Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam cum jure iubeto affici. Et cum jure illi est cum causa legibus cognita. Hæc Petitus: in quibus forte id placet tibi, exquirite, iubeto. Sed mihi supervacua videtur emendatio: cogitanti, ab Hadriano forte rescriptum esse ad aliquod Consilium: nam & id solitum fieri. rescriptum sane Consilio Bæticæ in l. 1. D. de abigeis, & Tit. xi. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum, etiam Consilio Africæ in Inscriptione l. 12. C. de procuratoribus: eoque casu scribi in plurium numero apparet ex d. Tit. xi. Illud porro qui probem, quod Petitus pro

ere substituit heræ vel era? Primum enim Marcianus adversatur: qui ea verba ere clare servat l. 1. §. 3. D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis. Deinde, ere constitui perinde dicitur, ut ex causa in l. 28. D. Ad legem Aquiliam, ut ex facto in l. 1. §. 2. D. de doli mali exceptione, vel ex circumstantiis. His adde, quod heræ aut servi apud Marcianum neque vola est, neque vestigium: adeo neque necessitas heram apud Ulpianum reponendi; & verosimile mihi, id verbum servum a mala manu esse: præsertim quia non videtur ab Hadriano tradi id quod proprium heræ vel servi, sed quod omnium commune jus est. Non igitur placet vox heræ, neque Hadriano convenit. Jam quod attinet ad ista, ex quo ferro percussit, ipsa funditus, vel, ut Petitus conject, & quo percussit ipsam: fundus id; ea, vereor, ne delenda sint: quia hæc nec Marcianus agnoscit, nec sermonis admittit tenor: qui si absque his est, plenus ac justus; si ea adsint, valde inconcinnus ac turbulentus, videtur. Adeo mihi verosimile sit, hæc à sciolo primum adscripta fuisse ad marginem, & ab alio deinde translata in contextum, cum existimaret, Hadriano id negotium esse, uti percussoris animum tantum ex ferri seu instrumenti quo percussit, genere distingueret. Quod licet aliter sit, ut dixi supra, tamen Basilicorum Architectis arrisit lib. 60. tit. 39. & in Scholio ad d. l. 1. §. 3. p. 692. etiam Michaëli Artaliatæ Synops. tit. 71. & Photio in Nomocanon. tit. 9. c. 16. p. 139. & plerisque aliis sedit. Igitur ipse versum eum ere sic concinnandum cenleo.

Ere itaque constituendum est. nam si gladium strinxit. & reliqua.

Huic ad marginem pro glossa, aut pro argumento loci, adscribendum esse. En, quo ferro percussit, ipso fundat se, vel, ipso fundatur, vel quid simile. En, inquam; ut sensus sit: Vide, quo ferro percussit, in eo fundat se. Rescripti superest versus postremus: in quo vox illa, cum, Siglum est; & cum jure pro communi jure ponitur; ut in ista veterum Notarum COMM. CONS. quod est communi consensu. Porro pro servum supplicio opinor scribendum severo supplicio. Eodem sane sensu capitalis severaque sententia mentio apud Constantinum l. 16. C. de pœnis; etiam severitatis judiciaria in l. 29. C. Ad legem Juliam de adulteriis; & severitatis legum apud Marcianum l. 11. D. de pœnis. Igitur hunc versum sic dispungo.

Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam severo supplicio communi jure iubete affici.

Cui

Cui respondet hoc ejusdem Hadriani apud Ulpianum l. 5. §. ult. D. de pœnis, & Titulo 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum. In omnibus criminibus distinctio hæc POENAM aut JUSTAM eligere debet, aut TEMPERAMENTUM admittere. Ubi pœna justa est severum supplicium communi jure: cui opponitur temperamentum clementis censuræ apud Salvianum lib. 3. De gubernatione Dei, verbis sequentibus. Nos siquidem, quantum ad criminis nostra pertinet, lethalibus suppliciis digni sumus: sed ille, plus misericordie tribuens, quam severitati, mavult nos clementis censura temperamento emendare, quam plaga justa coercionis occidere. Hæc mea conjecturæ; sed quia sparsim traditæ, jungam omnes, & Ulpiani locum, uti a me dispunctus est, proponam integrum.

Distinctionem casus & voluntatis in homicidio servari, rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti. Et qui hominem occidit, absolvi solet: scilicet si non occidendi animo id admisit: & qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. Ere itaque constituendum est. * nam si gladium strinxit, aut telo percussit, quid dubium est, quin occidendi animo percussit? Si clavi percussit, aut cucurma, aut ferro, cum forte rixaretur: percussit; sed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam severo supplicio communi jure jubete affici.

* En, quo ferro percussit, ipso fundatur, vel ipso fundat se.

CAPUT X.

Confirmatur emendatio, quæ tentata fuit libro secundo capite octavo in Marciano l. 5. pr. D. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

FUIT ea Veterum constans sententia, hypothecam hoc pacto, *Ne pignus petatur*, ipso jure liberari: de illo autem pacto, *Ne debitum petatur*, hæsitatum fuit; & ideo tutius visum, hypothecam eo tolli potius per exceptionem, quam ipso jure. Observavi supra capite octavo libri secundi, utrumque a Marciano esse traditum l. 5. pr. D. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*; in eaque hæc verba, cum alius hypothecam possidebit, non esse ejus Jurisconsulti, sed hominis, Marcianum non intelligentis. addidi præterea, in fine ejusdem loci legendum esse, eadem (&) in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur. causam ejus conjecturæ hanc habui; quod arbitrarer, a Marciano proponi pactum generale & in rem, *Ne ex personali obligatione petatur*: id est, pactum perpetuum de non petendo principali debito; non autem personale pactum, si ve pactum, *Ne a persona*, verbi gratia, *Lucio Titio, petatur*. Itatum conjeci: neque adhuc muto sententiam; etsi sciam, Marcianum a V. CL. Francisco Hotmano lib. 1. *Amicabilium responsorum* c. 29. aliter accipi; magisque ad personale pactum referri, quam ad id quod generale & in rem sit. Sed pro mea conjectura stat argumentum clarum & evidens: scilicet, quod Marcianus scribit, ex pacto quo de agitur, nasci perpetuam exceptionem: quam constat ex personali pacto non nasci; quia id pactum non semper cavet paciscenti, sed saltem, quamdiu vivit: illo mortuo, si ab herede opponatur creditori, evitari potest: at in pacti conventi perpetui exceptione (ita vocatur pactum in rem & generale in l. 3. D. de exceptionibus) lecus est; vult enim, ne omnino, si ve, quod idem valet, ne umquam petatur pecunia. Primum igitur sic puta, personale pactum parere exceptionem, non perpetuam, sed temporalem & dilatoriam d. l. 3. D. de exceptionibus. §. 1. Inst. eod. tit. Deinde, si promisse-

ro, *Ne petam, quamdiu vives*, ultro autem solvas mihi, cessate soluti repetitionem; quia, cum certum sit, te aliquando moriturum esse, perinde habetur res, ac si convenisset, ne ad tempus peterem. Adeo exceptio illius pacti neque perpetua est, neque perpetuæ comparatur l. 16. §. 1. l. 17. l. 18. D. de conditione indebiti; aliter ac sit in pactis in quibus incertum est, utrum temporaria, an perpetua, futura sit exceptio l. 56. D. eod. tit. Quod si est: apparet, his Marciani verbis in d. l. 5. D. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*,

nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur.

fere indicari, Nisi quis putet, eo pacto, *Ne pecuniam petat*, non agi, ne pignus vel hypotheca petatur actione in rem: sed, ne debitum petatur actione in personam. hoc eo magis, quia ait Marcianus, isto pacto quo de agit, hypothecam liberari vel ipso jure, vel per exceptionem: non autem video, qua ratione possit hypotheca aut hoc, aut illo, modo liberari propter personale pactum; quod est, verbi gratia, ne a Lucio Titio petatur: cum præsertim principalis duret obligatio etiam post hoc pactum; tantumque ad debitoris vitam differatur. & ita est: durat principalis actio post personale pactum; durat & hypotheca. & proinde potest quidem dici, Quemadmodum principalis actio personali pacto differtur, sic hypothecariam actionem eodem pacto differri, auctore Marciano d. l. 5. §. 1. D. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*: sed non potest dici, Quia personali pacto principalis differtur actio, ideo personali pacto hypothecā tolli: eo minus, quia, ubi pacto differtur actio, plerumque hoc agitur; ut interim creditori hypotheca cautum sit. Hæc, si pactus sit debitor, *Ne debitum pe-*

tatur.

CAPUT XI.

1. Glossa exempta ex Gajol. 7. §. 2. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 2. Marcianus expositus l. 8. §. 2. D. eodem titulo.

*1. G*AJI verba sunt in l. 7. D. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*. Si consensit venditioni creditor, liberatur hypo-

theca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si presente tutore (auctore) consenserit, aut etiam ipse tutor: sci-

scilicet si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit §. 1. Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit, vel servus auctor, cui & solvi potest, & in id positus est: antequam consensus eorum? & dicendum est non posse: nisi specialiter hoc eis mandatum est. §. 2. Sed si cum debitoris procuratore convenit, Ne sit res obligata, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. Cum autem cum servo ejus convenit, per ipsam pacti (conventi) exceptionem debet.

Sic habent omnes codices: sed aut fugit me ratio, aut ita scripsit Gajus.

Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse.

Hanc optimam Gaji scripturam Vetus Interpres aliquis, adjectis his, *Ne sit res obligata*, corripit, & in pessimam sententiam detorsit: quod non perspiceret, quemadmodum debitori ex pacto procuratoris aut servi de alienando pignore, eo vendito, daretur exceptio pacti conventi, aut doli mali: cum certum esset, actionem quasi Servianam, seu hypothecariam, quia in rem est, hypothecæ possessorem, non debitoris personam sequi. perinde igitur, ac si lacuna esset eo in loco, aut certe aliud egisset Gajus, quam verba vellent, vel pro interpretatione verbi *convenit*: vel pro varia lectione, ad marginem adjecit verba illa, *ne sit res obligata*, deinde alius, æque intelligens scilicet, ea e margine transtulit in contextum. Sed si ad Gaji verba, & ad eorum connexionem, animum advertas; aliquanto apertius est, quam ut dissimulari possit, non hoc Gajo sedisse, ut exponeret formulam pacti, *Ne sit res obligata*; sed ut indicaret, quid juris sit, cum creditor pignoris alienationi consensit in qua specie, propter quorumdam dubitationem, tutior visa fuit pacti exceptio; cum ea in specie pacti, *Ne res obligata sit*, supervacua haberetur; ut pridem ostendi libro secundo capite octavo. Sed, ut hoc agamus, primum dixit Gajus, creditoris consensu de alienando pignore pignus per exceptionem liberari: dehinc quæsit de pupillo creditore, an ejus consensus, vel solius, vel cum tutorum auctoritate conjunctus, sufficiat? item, quid si tutor ipse consentiat: tum de creditoris procuratore, & actore servo subjecit: postremo ad debitoris procuratorem transiit; & si cum eo convenit, non, *Ne res obligata sit*, ut habent omnes codices; (quid enim id ad propositam quæstionem?) sed si cum eo convenit, *ut sit debitori jus vendendi pignoris*: quæsit, an id pactum debitori profit. proinde, cum scripsit,

Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. &c.

hoc voluit: Si neque cum pupilli tutore, nec cum alterius creditoris procuratore, de quibus dictum in præcedentibus versibus; sed si aut cum debitoris procuratore, aut cum ejus servo actore convenit de vendendo pignore: debitori illic doli, hic pacti, exceptionem profuturam. Quod verissimum est l. 10. §. 2. D. de pactis. Sed recipit difficultatem eo, quod actio quasi Serviana sive hypothecaria non adversus debitorem, sed adversus pignoris possessorem datur l. 16. §. 3. D. de pignoribus & hypothecis; & ideo non videtur exceptio, si quæ danda sit illo ex pacto, debitori danda, sed pignoris possessori. Atque hoc, opinor, est quod Veterem Interpretem fefellit: fefellit, inquam: quia si debitor hypothecam vendidit, nec adhuc tradidit; ipse potest actione Serviana conveniri, & se pacti aut doli exceptione tueri. imo, si creditor ei venditionem permisit intra annum, aut biennium, (ut in l. 8. §. 11. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur) forsan nocebit ei exceptio intra id spatium, quamvis nondum facta venditione: nam cum debitori concessit jus vendendi pignoris intra certum spatium, non tantum jus vendendi, sed & retinendi, pignoris ei concessisse intelligitur. Sed profecto verborum Gaji (quæ sunt in d. l. 7. pr. §. 1. & 2.) sive connectio, sive oppositio nimis manifesta est.

2. Nisi ei novæ tenebræ offundantur ex Marciani l. 8. §. 2. in fine D. eod. tit. Verba ejus.

Si procurator debitoris in rem suam sit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem. in tantum, ut putem recte dici, & dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem.

Exceptionem a Marciano dici vides, & adferri pactum, *Ne res pignori hypothecæ sit*; ut liquet ex d. l. 8. §. 1. Qui potest? nam idem Marcianus l. 5. eod. tit. scribit, hypothecam solvi, si ab ea discedatur. Verum non improbabiler dixerim, exceptionem illi significare in d. §. 2. non exclusionem actionis, ut videtur primo obtutu; sed *pactionem*, seu *conventionem*: usitata locutione, nam & excipere pro *pacisci*, & *exceptionem* pro *pactione* Pomponius l. 32. D. de usufructu, Modestinus l. 39. D. de actionibus empti & venditi, & Ulpianus l. 7. §. 6.

D. de pactis, dicere.

CAPUT XII.

1. De mandato & ejus origine. 2. & 3. Id quemadmodum a commendato & a consilio discernatur. 4. Non esse obligatorium consilium, si tibi specialiter suadeam id quod non fuisses factururus, nisi ego tibi hortator fuisssem. 5. Mandatum tibi tua gratia esse consilium, non mandatum: neque in eo interesse, utrum mandator in se suscipiat negotii periculum, an non suscipiat. 6. Lectio & sententia l. 6. §. 4. & 5. D. Mandati vel contra.

1. **I**Ta est, ut Cicero scribit, *Pro S. Roscio Amerino*, in quibus rebus ipsi superesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur: quam qui lædit, oppugnat omnium commune præsidium, & quantum in ipso est, disturbat vitæ societatem: non enim possumus omni

nia per nos agere: alius in alia re est magis utilis: idcirco amicitiae comparantur: ut commune commodum mutuis officiis gubernetur: id autem neque facilius fit, neque diligentius, quam cum hoc agitur, ne quis propter fidem suscepti negotii facile damnum pro gratia ferat,

rat, neve officio simulato alterius commodis temere officiat. Quum tamen censerent Veteres, mandatum ex officio atque amicitia proficisci *l. 1. §. 4. D. Mandati vel contra* : non videntur initio hoc nomine obligationem constituisse ; sicut nec ex precario *l. 14. D. de precario* : sed, quod fidem plurimum colerent, atque ut alias corporis partes aliis dicarent numinibus, sic dextram fidei sacram facerent, maximè illa promissa alligasse fidem mandata susceptæque operæ : eoque pertinere putem, quod Ilidorus scribit *lib. 4. Originum c. 4.* mandatum dictum esse, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat : alludit certè ad hunc ritum Plautus, *Capiv. act. 2. sc. 3. vers. 82. & seqq.* Igitur, quod fides jubebat & pudor, hoc primum mandati jus fuit : post usus ei actionem invenit : ita in civile negotium transit ; & ritus jungendarum manuum exolevit, quasi supervacuum : nomen tamen & res mansit. Proinde ubi mandatum dicimus, designamus consensum mandatoris & mandatarii, de quo negotio periculo mandatoris gratis gerendo : in eoque contractu neque scripturam desideramus, neque solemnia verba ; sed sufficit consentiri *l. 1. D. Mandati vel contra*, inter absentes quidem per nuntium, aut per epistolam *d. l. 1. §. 1.* inter præsentem verò vel tacite, ut si præsens patiar pro me intervenire, neque contradicam *l. 6. §. 2. D. eod. tit.* vel palam quibuscumque precariis verbis, quæ idonea sint ad explicandum utriusque consensum. In quibus Paulus *d. l. 1. §. 2.* esse inquit non tantum rogo, sed & mando ; & rectè : nam cum mandatum ab officio atque amicitia proficiscatur, ut dixi *d. l. 1. §. ult.* quid ni mandando precarium verbum esse existimetur ? Atqui hoc ostendit illud Virgilii *lib. 6. Aeneid. vers. 116.*

----- Orans mandata dabat.

2. Quid, si usus sit commendandi verbo ? non videri mandatum, Ulpianus refert *l. 12. §. 13. D. eod. tit.* quia aliud est mandare, aliud commendare ; mandare est, negotium gratis gerendum committere ; commendare est, tantum laudare & gratiorem reddere : igitur qui mandat, is mandati periculum in se suscipit vel tacite, vel aperte *l. 20. D. eod. tit.* nisi ex causa aliud placeat ; ut in *l. 39. §. 1. §. 2. D. eod. tit.* at, qui commendat, tantum præbet testimonium de moribus aut conditione ejus, quem commendat ; periculum autem in se neque tacite suscipit, neque aperte : quamquam pudorem suum onerat temeraria laudatione ; secundum hoc Horatii *lib. 1. Epist. 18.*

Qualem commendes, etiam atque etiam adspice, ne
mox

Incutiant aliena tibi percata pudorem.

3. Sed quemadmodum commendatum, ita consilium, à mandato differt : nam & consilii proprium est, ne obligatorium sit, *l. 2. §. ult. D. Mandati vel contra* : qui enim amico consulit, ei nihil promittit, præter fidem & amicalem affectionem ; tantumque vult, eum, si patiat, consilio mone- re & regere : si non audiat, invitum cogere, ut faciat, id quod nolit, neque vult, neque potest, *l. 10. §. 7. D. eod. tit.* Igitur cui datur consilium, is si damnosum sibi arbitretur, & sequatur ; imputet sibi, cum posset negligere : sin utile existimet, & res aliter cadat ; consulentis neque culpa est, neque obligatio : quia neque hic periculum in se suscipit ; & ille, quum sequutus est hujus consilium, suo judicio stetit. Sed hoc certum est, consilii non fraudulentum nullam obligationem esse ; etiam si non expediat ei, cui dabatur *§. 6. Inst. de man-*

dato, *l. 2. §. ult. D. eod. tit.* idque omnes concedunt, si tibi generaliter suadem, ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum colloques, quam fœnorea, vel ex diverso.

4. Sed fingamus, me tibi nominatim consuliisse, ut Titio crederes, nec aliter te facturum fuisse, nisi tibi hortator suatorque extitisses : quid dicemus ; mandatum esse ? hercle censent multi : sed ne putem, suadet Ulpianus *l. 2. D. de proxeneticis* : in qua sic infit. *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri ? Et non puto teneri.* Proxeneta est pararius seu conciliator perficiendis negotiis : solet is in emptionibus, venditionibus, commerciis, contractibus licitis utilem se non improbabili more exhibere *l. ult. D. eod. tit.* solet aliter non contracturos sua persuasione movere, ut credant ac nomina faciant ; hoc enim ostendit Seneca *epist. 119.* his verbis. *Opus erit tibi creditore, ut negotiari possis, ac alienum facias oportet ; sed nolo, per intercessorem mutueris, nolo proxeneta nomen tuum jactent, paratum tibi creditorem dabo.* Hic tamen proxeneta si intervenit faciendi nominis, (Græcismus est notatus ab Augustino *lib. 2. Emendat. cap. 1. pag. 99. & seq.*) hic proxeneta, inquam, si intervenit faciendi nominis causa ; & partes ad contrahendum persuasione sua induxit : negat Ulpianus, eum teneri ; & addit causam, quia magis monstrat nomen, quam mandat ; tamen laudet ; id est, quia non est hoc animo, ut mandet, & periculum recipiat ; sed solum, ut monstret, quale sit. Qui igitur consilium dat, etiam aliter non contracturo cum Titio, verbi gratia, eum negat Ulpianus mandati teneri : quia non mandat, sed suadet ; longe autem aliud est mandare, aliud suadere & monstrare *arg. l. 1. §. 14. D. Depositi vel contra.* Idem dicit Ulpianus *d. l. 2.* si aliquid philanthropiæ nomine acceperit : philanthropia est humanitas & dexteritas seu benevolentia adversus omnes homines promiscua : ut supra ostendi *lib. 1. c. 7.* quamobrem, absque remuneratione esset consilium proxenetae, quia non foret mandatum, deficiente consensu : sequitur, ut ne honorario quidem interveniente mandatum fiat : quia honos remunerandi causa habetur ; non ut res sit periculo proxenetae ; nec quasi argumentum contracti mandati. Hoc, si quis usus sit aut suadendi verbo, aut consulendi.

5. Quid, si dixerit, mando ? nondum erit mandatum ; si tibi mander tantum tua gratia : nam supervacuum est ea in specie mandatum *pr. Inst. de mandato* ; resque perinde accipitur, quasi Consilium sit, & ob id obligatorium non sit, quamobrem ? quia, cum tua interest, mea non interest, res tui arbitrii est, non mei ; ego sane cur cogam te, ut in re tua facias, quod nolis, neque causam habeo, neque facultatem ; sed & si rem tuam gesseris, & damnum passus fueris ; nihil est, quod accuses meam imprudentiam : cum egeris tuam causam tuo jure ; & potueris per te ipse explorare, quid ex usu tuo esset. Sic, si palam non receperim periculum. Idem, si receperim, auctore Celso *l. 48. §. ult. D. Mandati vel contra.* ait enim, si, ut tibi negotium geras, mandem tibi, & ut cuivis credas, ut recipias usuras, periculum ad me pertineat, extra mandati formam esse ; quemadmodum si mandem, ut tibi quemvis fundum emas : tibi inquam ; sic enim Haloander edit, & sensus postulat ; etsi Florentiæ legatur mihi.

6. At Ulpianus obstat *l. 6. §. 5. D. Mandati vel contra*, quum ait. *Si tibi mandavero, quod*

quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit, aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, (S) si mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Soletque exemplum postremi casus peti ex l. 32. D. eod. tit. Verum videamus, ne conjungenda sit species d. §. 5. cum ea quæ præcedit §. 4. in quo dixerat Ulpianus. *Si tibi mandavero, quod mea non intererat*. Ita Florentinæ legitur: & sensus est, Si tibi mandavero tantum aliena gratia, non etiam mea, neque tua; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas; esse mihi tecum mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Is sensus Florentinæ scripturæ; neque improbo: quum constet, aliena causa mandatum valere lib. 2. D. Mandati vel contra. Malim tamen, nisi offenderet te disunctio voculæ non, legere, si tibi mandavero, quod mea intererat: quia ea vocula non abest a multis manuscriptis libris; utique si quæ Accursio fides id testanti in Glossa. Etiam convenit ea emendatio speciei l. 48. §. 1. D. eod. tit. quæ est desumpta ex Celsi libro 7. Digestorum quem allegat Ulpianus d. §. 4. Postremo exigit eam sive connexio, sive oppositio, trium specierum quas distinguere videtur Ulpianus in d. §. 4. & 5. cum alioquin species d. §. 4. eadem sit speciei ultimæ d. §. 5. & bis referatur: quod vereor, ut Ulpiano negotium fuerit. Igitur legendum erit, expuncta negatione: *Si tibi mandavero, quod mea intererat*. Sensus vero, Si tibi mandavero & mea & aliena gratia, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, valere mandatum. & ideo mihi tecum fore mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Quod verum est, & a Celso probatur d. l. 48. §. 1. quem, ut dixi, laudat Ulpianus d. §. 4. Deinde inquit Jurisconsultus §. 5. *Plane, si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio*. Verissime: nam supervacuum est mandatum; si tantum tua gratia interpositum est: quia tantum tua interest, mea non interest. Quid, si mea quoque interfuit? jam valet mandatum, ut Ulpianus inquit: quia & tua & mea gratia est. Sequitur, *aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*. Ita habent Pandectæ Florentini. sed pro *aut si* scribe at si: sic enim suadent manuscripti libri: ut monent

Russardi & Charondæ marginales Notæ, etiam codex Haloandrinus. & sensus, At si mandavi tibi, neque mea gratia, neque tua, sed aliena; & ideo non fuisses factururus, nisi tibi mandassem; competituram tibi adversus me mandati actionem, etsi mea non interfuit. Hoc mihi videtur; & a Justiniano indicatur §. 6. Inst. de mandato: cum sic scribit. *Et adeo hac ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset*. Hæc cur tam varie? in primis cum, aliena causa interposito mandato, non magis mea intersit, quam cum mandatum est tua causa. Sed refert, quod te in tua causa & diligentem & curiosum esse oportet, in aliena non item: quod recte notat Paulus l. 19. D. de novationibus: nec Paulus tantum, sed Terentius quoque *Heautontim.* 1. vers. 32. his verbis.

- - - *Tantumne ab re tua est ot tibi?*

Aliena ut cures; eaque nihil qua ad te attinent.

& ideo in altero casu, si aliter cadat res, neque inquisivisti diligenter & curiose in rem mandatam, tua culpa est, in altero non est. Totus igitur Ulpiani locus ita restituendus erit

Si tibi mandavero, quod mea intererat, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: erit mihi tecum mandati actio, (ut Celsus lib. 7. Digestorum scribit) Ego tibi sum obligatus. Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio nisi mea quoque interfuit: at si non esses factururus, nisi ego mandassem, (S) si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

Plane, si quis volet tueri lectionem Florentini exemplaris, aut si non esses factururus, nisi ego mandassem; ei libertatem suam non invideo: dum cogitet, non esse exemplum ejus versus in l. 32. D. eod. tit. quamquam multi putant; non enim proponitur ea in lege mandatum tua tantum causa de quo illi volunt quari allegato in versu d. §. 5. sed proponitur mandatum mea & tua gratia de quo non agitur illo in versu; sed in præcedente, scilicet,

nisi mea quoque interfuit.

FINIS LIBRI IV.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

ELENCHUS

Capitum Probabilium Juris Civilis.

LIBRI PRIMI.

- CAP. I. 1. Si flumen agrum alicujus occupet, & deinde
rursus relinquat, quid juris? Gajo lux data in l. 7.
§. 5. & 6. D. de acquirendo rerum dominio. 2.
Rationes dissentientium Interpretum adferuntur.
3. Discutiuntur. 4. Pomponius restituitur in l.
30. §. 3. D. eod. tit. exempta Glossa, quæ hæcenus
eum locum inquinavit. Pag. 3
- II. 1. In constituendis prædiorum servitutibus neces-
sariam esse vicinorum utilitatem. 2. Eam uti-
litatem non terminari semper usu & necessitate
dominantis prædii; sed quandoque porrigi latius,
etiam ad domini commodum ac voluptatem, ple-
nius, quam solet, ostenditur. 3. & 4. Hotmani &
Cujacii sententia de intellectu verbi, ambulandi,
quod est in definitione viæ & itineris, refutantur.
5. Explicatur difficilis Pauli locus in l. 8. D. de
servitutibus. 6. Probatur fufius, quid observan-
dum sit, si in Digestis occurrant Jurisconsultorum
Fragmenta quorum alia habent regulam juris,
alia consuetudinem regula derogantem, adver-
santemve. 5
- III. 1. Quemadmodum accipiendum sit, quod sæpius-
cule legitur apud nostros, servitutem prædii non
posse prædii necessitatem excedere. 2. Explicatur
Pomponius in l. 24. D. de servitutibus prædio-
rum rusticorum. 3. Illustratur Ulpiani locus
per obscurus in l. 1. §. 16. D. de aqua quotidiana
& æstiva. 4. Aliorum de eo sententia refellun-
tur. 5. Africani verus sensus in l. 33. §. 1. D.
de servitutibus prædiorum rusticorum. 6. Ex-
plicatur l. 12. C. de servitutibus & aqua. 7. Ex-
plicatur Ulpianus in l. 1. §. XI. & seq. D. de aqua
quotidiana & æstiva, & Pomponius in l. 3. D. eod.
tit. 8. Laudatur Cujacii sententia in l. 5. §. 1.
D. de servitutibus prædiorum rusticorum. 9.
Tentatur restitutio & explicatio Pauli in l. 6. D.
dict. tit. 10. Jura prædiorum, concessa personis ea-
rum causa, utrum habeant vicem obligationis per-
sonalis, an personalis servitutis? Hæc sententia
probatur: sed & illa in §. 11. 7
- IV. In actione pignoratitia plerumque præstari culpam
levem, in commodato etiam levissimam. Emen-
datur l. 13. §. 1. D. de pignoratitia actione, reje-
cta opinione Accursii, Contii, Cujacii, Jacobi Go-
thofredi. 11
- V. Quare videatur Ulpianus injuriæ propulsationem
in explicatione juris naturalis omisisse in l. 1. §. 3.
D. de justitia & jure, nova ratione declaratur 12
- VI. Defenditur recepta lectio l. 35. D. de injuriis, &
l. 13. §. 1. D. de jurisdictione adversus Antonii
Fabri, Jacobi Cujacii, Antonii Goveani, Scipionis
Gentilis, emendationem sententiamque 13
- VII. 1. Res jure naturæ communes & res jure natura
publicas apud Veteres pro iisdem accipi in tra-
ctatu de rerum divisione, ostenditur contra com-
munem Interpretum sententiam. 2. In rebus jure
naturæ communibus numerari non tantum æ-
rem, aquam profluentem, mare, littora, sed flumina
etiam & portus, nec non privatas res singulorum,
quæ habent utilitatem, concedenti non gravem. 3.
Communem istam non esse meri beneficii, nec
mera liberalitatis, sed necessitatis cum naturalis,
tum interdum etiam civilis, adversus Johannem
Seldenum probatur pluribus, add. §. 4. 16.
- VIII. 1. Continuat præcedens tractatus de rebus jure
naturæ publicis & communibus. 2. Traditur vera
ratio, cur ea res publica appellentur, simul quot mo-
dis res dicantur communes & publicæ jure civili.
3. Usus eorum vocabulorum probatur late. 4.
Non interesse, utrum res dicatur publica jure
gentium, an publica & juris gentium. 5. Flumi-
na, maria, littora, quatenus esse dicantur populi
Romani. 6. Marcianus explicatur in l. 2. & l. 4.
§. 1. D. de rerum divisione. 7. Particulam sed
sæpe usurpari pro sed &. 8. Turbatum esse aliquid
in principio Institutionum de rerum divisione. 16
- IX. 1. Festinantes occupatosque homines nonnunquam
aliud scribere aut loqui, quam initio destinarunt.
2. Id Plantum bene observasse. 3. Evenisse
Virgilio, Ciceroni, Augusto. 4. Ulpiano quoque
in l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & in titulo VII.
Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.
5. Differentia traditur legis Cornelia, legis A-
quilia, & legis naturæ, in punienda cade furis no-
cturni minus necessaria. Pauli quoddam Frag-
mentum declaratur in dicto titulo septimo. 6. Fu-
gitivum esse ostenditur Ulpiani caput 9. D. Ad le-
gem Corneliæ de sicariis, improbata opinione
Gulielmi Budæi, Viri Clarissimi. 19
- X. Ulpianum in l. 5. §. 4. D. de his qui effuderint vel
dejecerint actionem legis Aquiliæ pro actione
in factum imprudenter scripsisse. 21
- XI. 1. Marcianum in l. 1. D. de lege Pompeja de par-
ricidiis posuisse legem Corneliæ de sicariis pro
lege Cornelia de parricidiis. Earum legum, ut
& Pompeja de parricidiis, quæ pœna? 2. Pau-
li Fragmentum quoddam lib. 5. Sentent. tit. 24.
explicatur. 3. More majorum significari sæ-
pius leges majorum. Modestinus declaratur in
lib. 9. D. de lege Pompeja de parricidiis. Jaco-
bus Gothofredus & Jacobus Cujacius refellun-
tur. 4. Tribonianus illustratur in §. 6. Inst. de
publicis judiciis contra Duarenium & Cujacium.
6. Hotmanus notatur. 7. Improbatur opinio
Sigonii, Manutii, Covarruvie. Parricidii ap-
pellatio quando obtineat? 22
- XII. Eas species quæ habent mixtam causam in rerum
divisionibus, nonnunquam negligi, quasi con-
fusas cum simplicibus: atque inde ejusdem rei
modo bipartitam, modo tripartitam, distributio-
nem esse. 24.
- XII. 1. Id est pro idem est. 2. Quis sit sensus lib.
42. D. de verborum significatione Docto-
rum Virorum opinione. 3. Is sensus rejici-
tur. primum, quia tutor, doli nomine dam-
natus,

natus, jure tum gentium, tum civili, infamis est ex Veterum sententia. 4. Deinde, quia tutor damnatus ob latam culpam nec civili jure, nec jure gentium, notatur. Explicatur Edictum Pratoris in l. 1. D. de his qui notantur infamia. 5. Explosam esse a nostris sententiam putantium, omnia peccata esse paria; & non esse sapientis, ignoscere. 6. Explicatur Ulpianus in l. 6. §. 7. D. eod. tit. 7. Doli & lata culpa differentia. Rursus Ulpianolux l. 3. §. ult. D. de suspectis tutoribus. 8. Justiniani verus sensus investigatur in §. 6. Inst. de suspectis tutoribus; etiam Ulpiani l. 2. §. 41. D. Ad Senatusconsultum Tertullianum. 9. Adferuntur complura

loca in quibus lata culpa appellatur dolus, & dicitur dolo comparari. 10. Ea quemadmodum accipienda. 11. Lata culpa quando infamet, quando non infamet? explicatur l. 7. §. 1. D. de suspectis tutoribus. 12. Emendatur & explicatur noviter Ulpianus in d. l. 42. D. de verborum significatione. 13. Facile labi Interpretes, cum incidunt in verba, quae secundum quid intelligenda sunt. 14. Paulus explicatur ad Hebraeos c. 7. §. 3. locique similes produntur ex Seneca, & Favoleno. 15. Verba haec, cum alia probatio non est, cum deficit probatio, si aliter veritas inveniri non possit, quid significant multis in locis.

25. 26

LIBRI SEUNDI

- I. 1. Beneficium divisionis fidejussoribus per exceptionem permitti. Eam exceptionem a Pratore postulandam esse in jure. Si illic omissa sit, deinde in judicio coram Judice frustra opponi. 2. Rescriptum Imperatoris Alexandri, quod est in l. 10. C. de fidejussoribus & mandatoribus, emendatur noviter duobus locis. 30
- II. 1. Si jurisconsultus in responsis suis ac commentariis diversa praecipiat, utrum respondentem habenda fides sit, an docenti? 2. Et quid in antiquis auctoribus? Scaevolam in l. 14. D. de transactionibus non videri servasse omnino laudem ingenuitatis: inaudita hactenus sententia. 3. Species & definitio l. 3. D. eod. tit. 4. Aliorum ad Scaevolam placita: in quibus primum Accursii, Cujacio & Baroni probatum, refellitur. 5. Accursii altera sententia, quae & Udalrici Zasii est, rejicitur. 6. Accursii tertia conjectura, item Antonii Fabri, infirmatur. 31
- III. 1. Paulum l. 1. D. de usu & usufructu legato primum Sabini sententiam, deinde suam, proponere. Illa quae? 2. Verba, Neque ex bonis, neque extra bona. 3. Pauli Nota ad Sabinum. 4. Ejus Nota causa ac ratio. 34
- IV. Vestium legato usufructu, ex Ulpiani sententia verum, non quasi, usumfructum legatum esse. Nova dispositio l. 15. §. 4. D. de usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur. 35
- V. 1. Officia Praefecti urbis ac Vigilum saepe iisdem Notis apud Veteres scripta fuisse. Ab hac causa variare Inscriptionem l. unic. C. de officio Praefecti Vigilum, & l. ult. D. eod. tit. 2. Pomponius mendaliberatus in l. pen. D. de conditione causa data causa non secuta & prator Zasii, Cujacii, & Fabri, sententiam expositus. 37
- VI. 1. Veterum de acquirenda possessione non unam fuisse sententiam. 2. & 3. Seneca, Phadro, Plautolux mutua. vestigium antiquae dissensionis apud Proculum l. 55. D. de acquirendo rerum dominio. 4. Voculam non abundare apud Paulum in l.

3. §. 3. D. de acquirenda vel amittenda possessione. 5. Favoleni locus illustratus in l. 51. D. eod. tit. explosa Jacobi Cujacii emendatione. 6. Praesentia rei an in fidei traditionibus, quae sunt possessionis constitutione, necessaria sit. Pragmaticorum adversus Antonium Fabrum defensa sententia. 38
- VII. Culturam & curam idem valere in §. 35. Inst. de rerum divisione, adversus Accursium & Cujacium. Ea verba non factum qualis qualis cultura & cura, sed jus significare. Bone fidei possessoris, qui rem accepit ex justa causa, naturali ratione fieri fructus, non tantum industriales, sed & naturales. 41
- VIII. 1. Hypothecam jure honorario constitui nudo pacto, & tolli: si conveniatur, ne pignus petatur. Nova interpunctio & explicatio l. 23. C. de pignoribus. Cujacii, Fabri, Gifanii, & aliorum, taxata sententia. 2. Quid, si conveniatur, ne debitum petatur? Marcianus ab ingenio correctus duobus locis l. 5. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 3. Severi & Antonini sensus in l. 2. C. de remissione pignoris. 42
- IX. Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia, comparatio elegans. Tum communio bonorum an inter hos apud Veteres fuerit, & qualis? Nuptiarum; ut ea definiuntur c. 1. D. de ritu nuptiarum, explicatio gemina. 44
- X. Multum in puniendo desertore interesse, utrum cum necessitate, an ultero, sit reversus, aut per patrem oblatus. Arrius Menander correctus nove §. 13. l. 4. D. de re militari. 45
- XI. Natura jus immutabile. Justinianus §. XI. Inst. de jure natura, gentium & civili ex Seneca illustratus. 46
- XII. Ulpianum l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione a Triboniano corruptum non esse, adversus Jacobum Revardum. Sensus ejus capituli & quorundam aliorum. ib.

LIBRI TERTII

- I. Qua sit constans & perpetua voluntas, & quo spectet in justitia definitione apud Ulpianum l. 10. D. de justitia & jure. Stoicorum cum ceteris indicata pugna, & sublata. 48
- II. Quemadmodum jus suum cuique tribuendum sit. Ulpianus & Tryphoninus expositi d. l. 10. D. de justitia & jure. l. 31. D. Depositi l. 4. §. 1. D. Familia erciscunda. l. 12. §. 11. D. Mandati vel contra. 49
- Nocti Operum Tomus I.

- III. Marcianus emendatus l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis. 50
- IV. Creditor an & quando rei debite fur aut predo sit? l. 9. C. de acquirenda possessione emaculata, Virgilii elegans locus adductus. 51
- V. Quando & ubi in criminalibus causis de servis adversus dominos habeatur questio. Pars prior l. 1. C. de questionibus vindicata a menda & exposita. 52

G 3

VI. 1. Quan-

- VI. 1. Quando in causis pecuniariis tormenta servorum adversus dominos adhibeantur? Earum cum criminibus comparatio. Sententia & lectio posterioris partis d. l. 1. C. de quaestionibus. 2. & 3. Ibidem inopia probationum quid sit, ex Apulejo atque Ovidio singulariter demonstratum. Cujacii rejecta emendatio. Leonini item Robertique sententia. Defectus probationum quando sit? Quando aliter veritas inveniri, aut aliter illuminari non possit, quam per tormenta? Scrupulus ex compluribus locis exemptus. Jusjurandum, quod suppletorium vulgo vocant, quando a iudice deferri debeat? Illustrata l. 3. C. de rebus creditis & jurejurando. item l. 31 D. de jurejurando. Francisci Duareni & Hugonis Donelli laudata ac firmata sententia. § 3
- VII. Ulpianus emendatus l. x. D. de usu & habitatio-

ne, transposita vocula tamen.

54

- VIII. Mendum sublatum ex Ulpiani l. 5. §. 3. D. Usufructuarius quemadmodum caveat § 5
- IX. An directa negotiorum gestorum actio domino detur adversus praeonem? huic item an contraria adversus illum competat? Labes et l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis deterfa singulariter. ib.
- X. Bis idem dici ab Ulpiano in l. 1. §. 7. D. de Aedilicio edicto, nem in l. 5. §. 1. D. de jure deliberandi, & a Tryphonino in l. 9. D. de rebus dubiis. § 6
- XI. Intellectus l. 78. §. ult. D. de contrahenda emptione. 57
- XII. Fictionum in jure usus, & exempla non inconcinna. In his quid servitus pœnæ apud nostros, & cur ea inventa sit, hæcenus nondum tradita sententia. 58

* *

LIBRI QUARTI.

- I. An quis possit adificium aut quid aliud ponere in flumine publico, & quemadmodum? Item quid juris sit in mari aut littore? 2. Scævola correctus l. ult. D. de fluminibus. 60
- II. Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, emendati, expuncta litera in l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis. 61
- III. Ulpianus emendatus l. 13. §. 1. D. de pigneratitia actione vel contra, & contraria cujusdam sententia proposita & refutata. Exposita l. 19. C. de pignoribus & hypothecis, & l. 8 C. de pigneratitia actione. 62
- IV. Celsus ex conjectura emendatus priore parte §. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta. 64
- V. 1. Celsus declaratus parte altera l. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta. 2. & Paulo l. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis conciliatus. 65
- VI. Lacuna expleta apud Paulum l. 7. D. de nautico fœnore. 66
- VII. 1. Pœna legis Corneliae de sicariis puniri latrocinium, sive homicidium dolo malo factum. 2. Non id quod in rixa fortuita atque improvise contigit subito impetu. 3. Variæ lectiones l. 1. §. 3. D. Ad legem Cornelianam de sicariis. 4. Interpretatio prioris partis ejusdem loci. 5. Pars posterior emendatur 6. Tentatur ejus inter-

punctio in Titulo 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum. 7. Eadem pars posterior exponitur: simul, quid juris sit, si homo impetu in rixa fortuita, aut per lasciviam occisus sit 67

- VIII. Quædam quæ priori sententia adversari videntur, ratione & Veterum auctoritate infirmantur. 69
- IX. Ulpianus emendatus tit. 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum. 71
- X. Confirmatur emendatio, quæ tentata fuit libro secundo capite octavo in Marciano l. 5. pr. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 72
- XI. 1. Glossa exempta ex Gajo lib. 7. §. 2. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 2. Marcianus expositus l. 8. §. 2. D. eodem titulo. ib.
- XII. 1. De mandato & ejus origine. 2. & 3. Id quemadmodum a commendato & a consilio discernatur. 4. Non esse obligatorium consilium, si tibi specialiter suadeam id quod non fuisses factururus, nisi ego tibi hortator fuisset. 5. Mandatum tibi tua gratia esse consilium, non mandatum: neque in eo interesse, utrum mandator in se suscipiat negotii periculum, an non suscipiat. 6. Lectio & sententia l. 6 §. 4. & 5. D. Mandati vel contra. 73

* *

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DE
JURISDICTIONE
ET
IMPERIO
LIBRI DUO.

Editio prima in Germania post quartam Lugduno-Bataviensem.

JURISDICTION

IMPERIAL

LIBRARY

ESTABLISHED 1850



GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

JURISDICTIONE

ET

IMPERIO

LIBER PRIMUS.

Quid jurisdictio sit, & quam late pateat?

CAPUT I.



Uid jurisdictio sit, & quam late pateat, origo verbi & rei natura indicant. proficiscitur enim a jus & dicere. jus autem dicere est, pronuntiare id quod omnibus vel pluribus in civitate utile habetur. ita enim jus sumi, &

Lactantius refert lib. 6. *Divin. Inst.* c. 9. neque Paulus negat l. 11. *D. de justitia & jure*. Cassiodorus quoque lib. 6. *Var. in Formul. Consulat.* cum de Consulibus jurisdictione loquitur, eam eodem aut simili sensu describit. Verba Cassiodori. *Merito supra omnes cives poterat, qui ab hoste patriam vindicabat, utilitates publicas sub aequitate disponens, jus dicebat etiam capiti.* Igitur jus dicere est, pronuntiare id quod omnibus vel plerisque in civitate utile habetur. At quia ea utilitas sive id jus parum intelligi solet, præterquam causa cognita; etiam frustra dici, nisi jurisdictioni cogendi vis potestasque insit; facile obtinuit, ut jurisdictionis appellatione non tantum juris pronuntiatio, sed cognitio quoque, atque executio, contineri viderentur. idque Javolenum opinor velle libro 6. ex Cassio; cum ait, cui jurisdictio data est, ei quoque concessa videri ea sine quibus jurisdictio explicari non potest l. 2. *D. de jurisdictione*. Sed usus jurisdictionis quem dixi, certus est ex l. 5. *D. de re judicata*, l. unic. §. 1. *D. Si quis jus dicenti non obtemperavit*, l. ult. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, l. 13. §. 4. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum, & similibus*. Adeo licet, illam definiam, notionem quæ Magistratui competit cum decernendi atque exequendi potestate. Nec refert, utrum ei jure Magistratus sui, an nominatim Lege aut Constitutione, deferatur; utramque enim jurisdictionem appellari, cum superioribus consequens est, tum Ulpiani auctoritate liquet; postquam in l. 7. §. 2. l. 8. & 9. *D. de officio Proconsulis & Legati* scribit, *Cum plenissimam jurisdictionem Proconsul habeat, omnium partes, qui Romæ, vel quasi Magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere.* Eodem spectat, quod idem Ulpianus pr. l. 8. *D. de transactionibus*. refert, D. Marcum effecisse, ne transactio alimentorum aliter rata esset, quam si Prætoris au-

ctore facta esset; & hanc cognitionem jurisdictionis esse, deinde palam affirmat §. 1. d. l. 8. His adde, quod tutelæ datio specialis concessionis habetur: apud Alexandrum tamen jurisdictio indigitatur l. 3. *C. de confirmando tutore*, verbis istis. *Si, ut proponis, pupillo cujus meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit; & priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cujus jurisdictio est, dati sunt.* Ita Ruffardus legit: cum vulgo sit, *alii ab eo, cujus interest, dati sunt.* Sed Ruffardi conjecturam sensus exigit, & Ulpiani similis locus locutioque, non dicam suadet, sed convincit l. 3. *D. de postulando*, & l. 3. §. 5. *D. Judicatum solvi*.

Habes veram & naturalem jurisdictionis significationem sed quam videtur interdum restringere ratio subjectæ materiæ ut apud Ulpianum l. 6. §. 2. *D. de tutelis*; cum ait, *Tutoris dationem neque imperii, neque jurisdictionis esse: sed ei soli competere, cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.* Observandum enim, quod loci ejus Inscriptio indigitat, eum desumptum esse ex Ulpiani libro 38. vel, si mavis, libro 39. Ad Sabinum: quo libro illum tutelam, maxime dativam, persequitur esse, verisimile est ex conjunctione l. 1. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*, l. 2. *D. de officio Juridici, & similibus*. In eo autem libro expositurus, quibus Magistratibus in urbe atque in provinciis jus sit tutores dandi, primum dixit, nullis suo jure esse: nec referre, utrum habeant ea quæ magis imperii, an ea quæ magis jurisdictionis, appellantur & pro ratione addidit, quod tutoris datio neque imperii neque jurisdictionis est; sed ei soli competit cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. his autem verbis non negavit, tutoris dationem, si cui Lege aut Senatusconsulto aut Constitutione data sit, recte imperii aut jurisdictionis vocari; sed significavit, eam non ordinarii imperii, neque ordinariæ jurisdictionis, esse; & ideo ad Magistratus quibus nominatim concessa non sit aut Lege, aut Senatusconsulto, aut Constitutione, sola vi imperii aut jurisdictionis non pertinere. Dedit pulchram ac claram Ulpiani interpretationem. sed, si permittes, addam alteram, non minus probabilem, atque ipsam ex superiore profluentem. Cum enim enumerasset Ulpianus omnes quibus in urbe atque in provinciis nominatim concessum esset jus dandi tutores: deinde adhuc quæsisse videtur, an

ture-

tutelæ datio ab his aliis mandari possit; & respondisse, non posse; ut in *l. 8. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*. Qua causa? quia tutelæ datio neque imperii, neque jurisdictionis, est: sed ei soli competit cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Sensus vero: Posse quidem a Magistratu mandari ea quæ illi sine speciali lege, tantum propter vim imperii aut jurisdictionis, competunt; sed non ea quæ, absque lege foret, a jurisdictione atque imperio separata essent; porro esse hanc tutelæ dationis conditionem, ut qui imperium aut jurisdictionem habet, eam, nisi nominatim Lege accepit, tantum propter vim imperii aut jurisdictionis non habeat. Vides Ulpiani sensum, etiam scopum; & adeo velle, tutelæ dationem non quidem hætenus esse imperii aut jurisdictionis, ut videatur Magistratui competere jure Magistratus sui, ab eoque alii mandari possit: sed non æque velle, hanc, si Magistratui Lege aut Constitutione data sit, jurisdictionem male appellari: hoc enim illi propositum non fuit; præterea origo verbi potestasque, & quem dixi, Veterum usus, ipsiusque Ulpiani atque Alexandri auctoritas refellit. Sed verius dixerim, jurisdictionis appellationem, cum de majorum more & his effectis quæ eo recepta sunt, quæritur, tantum accommodari illis quæ Magistratui jure proprio & more competunt: sin rei naturam & verbi proprietatem spectes, etiam designare eam quam Ulpianus plenissimam jurisdictionem d. l. 7. §. ult. *D. de officio Proconsulis & Legati*, aut officium jus dicentis latissimum l. 1. *D. de jurisdictione*, Gordianus vero plenam legis actionem vocat l. 1. *C. de adoptionibus*: & ideo his quæ specialis concessionis sunt, negari minime.

Exposui jurisdictionem quæ civilibus causis consumitur. Videamus, an merum quoque imperium quod criminibus occupatur, jurisdictio appelletur. Quod magis puto, & a Pomponio probari l. 2. §. 23. *D. de origine juris*; cum negat, Consuli-

bus lege permissum fuisse, injussu populi jus dicere de capite civis Romani. Clarius tamen Tertullianus *Ad Scapulam c. 4.* quem locum mihi suggessit Vir Egregius, Antonius Schultingius, Jurisconsultus, quem honoris causa appello, ut insignis ejus eruditio & peritia rerum antiquarum meretur. Verba Tertulliani. *Potes & officio jurisdictionis tue fungi, & humanitatis meminisse, vel quia & vos sub gladio estis. Quid enim amplius tibi mandatur, quam nocentes confessos damnare, negantes autem ad tormenta revocare.* Tertulliano officium jurisdictionis est officium meri imperii, seu juris gladii. Neque aliter accipitur apud Cassiodorum lib. 6. *Var. Form. 20.* in sequentibus verbis quæ sunt de jurisdictione Consulis. *Secures enim & fasces, quos illi dicavit genio antiquitas, tuis videntur faleris deputata, ut jurisdictio concessa vel tacita possit admonere provincias.* Vides Consulis jurisdictionem a Cassiodoro referri etiam ad causas criminales & meri imperii: pariter ut in *Formul. 1. ejusdem libri*, ubi de eadem sic infit. *Merito supra omnes cives poterat, qui ab hoste patriam vindicabat, utilitates publicas sub equitate disponens, jus dicebat etiam capiti.* Similiter Papinianus l. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio* scribit, *Errare Magistratus, qui cum publici judicii habent exercitationem, veluti Legis Julia de adulteriis, & si quæ sunt alia similes, jurisdictionem suam mandant.* pro, mandant jurisdictionem sibi Lege Julia concessam, quæ cum quæstio sive criminalis jurisdictio sit, probatum est, jurisdictionem ad causas quam civiles, tam criminales, referri recte. Nec tamen inficior, his rarius, illis frequentius, eam applicari; & quæ de criminibus est, hanc magis merum imperium, seu potestatem, quæ vero de civilibus causis est, eam magis jurisdictionem appellari l. 3. *D. de jurisdictione*. Sed vulgo notum est, verborum inopia, & rerum multitudine fieri; ut, quæ generis loco sunt, sæpe in speciem transeant, & generale nomen tantum in parte retineant.

CAPUT II.

Jurisditionem & imperium tantum nominis sono distingui. Ulpianus l. 3. D. de jurisdictione expositus, salva lectione hætenus recepta.

DICTUM hætenus de jurisdictione: deinde de imperio videndum. de quo ita Ulpianus l. 3. *D. de jurisdictione*.

Imperium aut merum est, aut mixtum est. merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.

Locus optimus; sed multis corruptus, omnibus obscurus, videtur: non aliam ob causam, quam quia non omnibus liquet, quid sit hoc, *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest*. Igitur ut lucem inferam, simul receptam lectionem servem, primum lubet inquirere quid *imperium*, deinde quid *inest*, significet. Puto autem, imperium indigitare Magistratus potestatem, & idem jurisdictioni haberi. Inde Pomponius l. 21 §. *D. de verborum significatione* ait, potestatis verbum in personis Magistratuum imperium significare. Et Ulpianus l. 7. §. 14. *D. de pactis* scribit, *Si paciscar, ne operis novi nunciationem exsequar, quosdam putare, non valere pactionem, quasi in ea*

re Prætoris imperium versetur: id est, prætoriam jurisdictionem, vel ipso Ulpiano interprete l. 1. §. 9. *D. de novi operis nunciatione*. Paulus quoque l. 12. §. 1. *D. de judiciis*, *Eum, cui mandata est jurisdictio, judicem dare posse: ut sunt Legati Proconsulum, item hos, quibus id more concessum est, propter vim imperii: sicut Præfectus urbi, ceterique Romæ Magistratus: pro propter vim jurisdictionis: nam ut Ulpianus l. 3. D. de jurisdictione refert) jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Rursus Gajus lib. 2. *D. de adoptionibus* infit, *Generalem adoptionem duobus modis fieri, aut Principis auctoritate, aut Magistratus imperio: id est, ut ego expono, jurisdictione voluntaria; sic enim appellatur lib. 2. D. de officio Proconsulis & Legati.* Similiter Ulpianus lib. 13. §. 4. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum*: ait enim, *Prætores in Prætores, vel Consules in Consules nullum imperium habere; sed si jurisdictioni se subjiciant, Prætores in eos jus dicere.* Ulpianus jurisdictionem atque imperium, item imperium habere & jus dicere, pariter accipit. Et hoc eum velle arbitror d. l. 3. cum sic infit, *Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest*: sensus enim,

enim: Mixtum imperium est, quo etiam jurisdictio continetur; sive mixtum imperium est, quod civili jurisdictioe censetur; sive, quod etiam jurisdictio appellatur. Habes Ulpiani sensum, sed paucis confirmandum. Ipse similiter l. 7. §. 10. D. de pactis ait, *Fraudem dolo inesse*, pro fraudem videri eandem dolo. quo modo Augustinus, *Exposit. in Evangel. Joan. tract. 7. cap. 1. tom. 9. pag. 29. col. 1. in fin. Dolus fraus est, simulatio est.* Idem rursus Ulpianus, *Pacta conventa iudiciis bona fidei inesse*, l. 7. §. 5. D. eod. tit. pro his contineri, l. 72. D. de contrahenda emptione, & eorum jure ac nomine censeri haberique. Et, *In empto paratum inesse, in parato non continuo emptum contineri* l. 47. §. 1. D. de legatis lib. 3. pro quod emptum est, id paratum esse, quod vero paratum est, id non continuo emptum videri. Præter Ulpianum utitur & Cicero eo verbo eodem aut pari sensu, *De natura Deorum lib. 1. c. 42. cum sic inquit, Horum enim sententia omnium non modo superstitionem tollunt, in qua inest timor inanis Deorum; sed etiam religionem, qua Deorum cultu pio continetur.* Utitur & Ovidius *Heroidum epistola xvii. quæ est Helenæ ad Paridem. Versus Ovidii.*

Ipse mihi quoties iratus, adultera, dices,

Oblitus nostro crimen inesse tuum?

Delicti fies idem reprehensor & auctor.

Sed latis apparet, illud Ulpiani, *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest*, tantum velle, quod mixtum imperium est, hoc etiam jurisditionem appellari. Sane imperium pro genere ponit: ejus species duas facit, ex his alteram imperium merum, alteram imperium mixtum vocat, & utramque ab exemplis definit: ut sæpe Veteres, Isidoro teste lib. 2. *Originum c. 29. vers. undecima p. 882.* & Jurisconsulti l. 2. §. 1. l. 6. §. 1. D. de rerum divisione l. 5. D. de pactis l. 7. D. de interdicitis & relegatis: etiam Imperator §. 3. *Inst. de jure naturali gentium & civili.* Prima Ulpiano species venit merum imperium: id vero esse inquit, verbi gratia, gladii potestatem habere, & alias potestatem vocari: ut

in illo Lampridii in *vita Alexandri Severi c. 49. Honores juris gladii nunquam vendi passus est, dicens, necesse esse, ut, qui emat, vendat. Ego non patiar mercatores potestatum.* Vides speciem imperii unam. Quæ altera? Imperium mixtum, cui etiam jurisdictio inest: id est, quod alio nomine etiam jurisdictio appellatur. Paulus l. 1. §. 1. D. de officio ejus, cui mandata jurisdictio est, dicit, *Imperium, quod jurisdictioe coheret*: pari forma, quâ Papinianus l. 72. §. 6. D. de conditionibus & demonstrationibus ait, *Rationem legandi legato non coherere*: significans, rationem legandi adscriptam, non esse legandi rationem. Ipse quoque Paulus l. 126. §. 1. D. de verborum obligationibus, *Minus*, inquit, *est in eo usufructu, quem per se quis promissit, quam in eo, qui proprietatem comitatur*: pro, in eo qui proprietate censetur, vel qui alias proprietas dicitur l. 78. D. de jure dotium. Est igitur Ulpiano mixtum imperium, cui etiam jurisdictio inest: id est, ut Paulus loquitur, quod jurisdictioe coheret; vel, ut ipse explicui, quod etiam jurisdictio appellatur. Sed id quale? ait Ulpianus, *Quod in danda bonorum possessione consistit.* Ulpianus definitionem tradit ab exemplo: estque ea perinde accipienda, quasi roganti, quid sit mixtum imperium sive jurisdictio, respondeat Ulpianus, mixtum imperium, sive jurisditionem, esse verbi gratia, jus dandæ bonorum possessionis: nec ad hoc subsistit Ulpianus, amplius ait, esse & Judicis dandi licentiam, nihil enim aliud agit, cum subjicit, *Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia*; quam ut ostendat, & bonorum possessionem, & Judicis dationem, pariter & mixti imperii & jurisditionis haberi; adeo sive jurisditionem, sive mixtum imperium, dicas; rem eodem recidere, & utrumque duabus absolvi partibus: id est, Judicis dandi licentia, & Prætoris cognitione ac decreto, cujus exemplum est datio bonorum possessionis. Verum patet, Ulpianum imperium mixtum cum jurisdictioe confundere; & ejus qualem qualem definitionem, pro Veterum more, exemplis paucis exposuisse.

C A P U T III.

Quo sensu Ulpianus & Paulus imperium & jurisditionem distinxerint
l. 4. D. de jurisdictione, & l. 26. pr. & §. 1. D. Ad municipalem.

Difficultatem tamen his idem ex transverso injicit Ulpianus l. 4. D. de jurisdictione verbis istis, *Jubere caveri prætoria stipulatione, & in possessionem mutere, imperii magis est, quam jurisditionis.* Ait, esse quæ magis imperii sunt; ait, esse, quæ magis jurisditionis habentur: videtur igitur aliam jurisditionem, aliud imperium, facere. Sed non est ita; neque Ulpiano ratio fuit, generaliter quæ imperii, quæque jurisditionis sint, definire; sed quid in Magistratibus municipalibus observetur, fere id ostendere. Hoc Inscriptio indicat: quæ Ulpiani ad Edictum librum primum præfert: quo cum de Magistratuum municipalium potestate egisse, patet ex l. 25. D. Ad municipalem, l. 1. l. 4. D. de damno infecto, & pluribus Pandectarum Fragmentis. Sed & Paulus scribit similiter ad Edictum libro primo: *Ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisditionis, Magistratum municipalem facere non possunt.* Item, *Magistratibus municipalibus non permitti in integrum restituere, aut bona rei servanda causa jubere possideri, aut dotis servanda causa, vel legatorum servandorum causa*, l. pr. & §. 1. D. Ad municipalem.

Unde apparet, aliter jurisditionem sonare, aliter imperium: sed tantum in municipalibus, non etiam in cæteris, Magistratibus: ut mox plenius ostendam. At cur in municipalibus? quia Edictum perpetuum, cum his dedit notionem de quibusdam causis, eam non imperium dixit, sed jurisditionem; ipsamque non in infinitum concessit, sed usque ad certam summam: uti idem Paulus eodem libro primo ad Edictum docet l. 28. D. eod. tit. l. ult. D. de jurisdictione, & lib. 5. Sentent. tit. 5. His adde, quod eam non pro tribunali dedit, sed de plano dedit. Adeo & II. VIR. I. D. aut III. VIR. I. D. aut IIIII. VIR. I. D. id est, Duumvir juri dicundo, aut Quatuorvir juri dicundo, aut Seviri juri dicundo, passim legitur in antiquis Inscriptiōibus, & jurisditionis municipalis mentio sæpe fit in Fragmentis Juris, ut in l. 29. D. Ad municipal. & alibi: imperii autem mixti, aut tribunalis municipalis, mentio in Fragmentis Juris non fit. Scio, Suetonius De claris Rhetoribus c. 6. sic inquit, *Cajus Albutius Silus Novariensis, quum ad litate in patriaungeretur, quum forte jus diceret, ab iis contra*

contra quos prouentabat, pedibus à tribunali detractus est. Sed Suetonius tribunal abusive dixit locum, in quo positus subsellis confidebat Magistratus iuridicundo: quæ subsellia in municipiis videntur fuisse Magistratum, sicut Romæ fuere Tribunorum, Triumvirorum, Quæstorum, & huiusmodi minora iudicia exercentium: qui non habebant tribunal auctore Asconio Pediano *ad Divinat. in Verr. pag. 34.* abusive, inquam, & consimili ambitione, quæ & Curia Senatus, & Decuriones Senatores, & Duumviri Dictatores, Consules, & Prætores, appellantur apud Veteres. Idem iudicium esto de sequentibus Inscriptionibus apud Reinesium: prior est 89. classis 2.

MELANTHVS. P. DECII.

ET. COLLEGA. MAG. NE.

TRIBVNAL. NOVUM. A. SOLO. FECE-
RE

THEATRVM. ET. PROSCENIUM. REFE-
CERE.

LVDIS. SCENICIS. BIDVO. DEDICAR

D. S. P.

Altera Inscriptio est 44. classis 6.

HONORI

M. GAVI. M. F

POB. SQVILLIANI

EQ. PVB. IIII. VIR. I. D.

IIII. VIR. AP. VB.

CVRATORI. VICETINOR.

APPARITORES. ET

LIMOCINCTI

TRIBVNALIS. EIVS

Nec mutat, quod & tribunal & sublimis suggestus municipalibus Magistratibus adscribi videtur etiam sequentibus Apuleji verbis *lib. 3. Metamorph. Tandem pererratis plateis omnibus, & in modum eorum, qui lustralibus piamentis minas portentorum hostiis circumforaneis expiant, circumductus angulatim, forum, ejusque tribunal adstituit. Jamque sublimi suggestu Magistratibus residentibus, jamque &c.* Nam res, quam narrat Apulejus, ludicra est, ad risum facta: ut ipse indicat; cum post pergit. *Nam lusus iste, quem publice gratissimo Deo Risui per annua reuerticula solemniter celebramus, semper commenti novitate florescit.* Adeo vix est, ut ex Apuleji verbis argumentum serio fieri possit pro municipali tribunali: maxime, cum non modo vestigium ejus nullum extet in Fragmentis Juris Civilis: sed Plutarchus quoque in *Præceptis reipublica gerenda*, pag. 813. tom. 2. edition. Paris. municipalem Magistratum clare ponat infra tribunal. Verba Plutarchi hæc sunt. *Sed & hac commemoranda; imperas subditus, urbi præfectus, quæ proconsulibus, aut procuratoribus Casareis est subjecta; non hic lanceæ campi sunt; nec prisca Sardes, neque Lidorum illa potentia. gestandati tibi est chlamys vilior, & a prætorio oculi in tribunal convertendi, neque multum fiducia in corona ponendum, cum supra caput tuum calceos cernas.* Præterea Paulus *l. 38. §. 10. D. de poenis* Magistratum municipalem appellat, *Pedaneum iudicem*, scribens, illum, si pecunia corruptus sit, Curia, seu Ordine Decurionum, summovendum esse. At Magistratum, qui tribunali præest, numquam Pedaneum Iudicem dici, inter omnes constat. His accedit, quod Paulus *l. 105. D. de regulis juris*, quæ est ex libro ejus primo ad Edictum, & ideo conjungenda cum *d. l. 26.* non minus clare, quam commode, definit, *Ubiunque causa cognitio est, ibi* (quia tribunali opus, ut ostendam capite 10.) *Prætores desiderari: id est, non sufficere municipalem Magistratum;*

quem idem Paulus, ut dixi, Iudicem Pedaneum appellat. Et Paulo convenienter Ulpianus libro primo ad Edictum *l. 4. §. 4. D. de damno infecto*, *Si forte daretur non caveri, (in causa damni infecti) ne possidere liceat, quod causa cognita fieri solet, (& ideo pro tribunali) non Duumviros, (qui sunt municipales Magistratus) sed Prætores vel Præsides permissores.* Quod si est; apparet causa inventæ differentię inter jurisdictionem & imperium in municipalibus Magistratibus: simul, jurisdictionem in ipsorum personis partes jurisdictionis illas comprehendere, quæ de plano exerceri possunt; cæteras, quæ cognitionem & tribunal exigunt, id est, quæ mixti imperii seu totius jurisdictionis sunt, nullas comprehendere: imo, ne illas quidem, quæ de plano exercentur; si præsertim Prætor eas sibi in Edicto reservaverit: ut in edictalibus bonorum possessionibus factum: quæ, etsi solerent de plano peti & dari, tamen mixto imperio accensebantur *l. 3. D. de jurisdictione*; neque à Duumviris peti poterant, sed à Prætore: nisi postquam id mutavit Constantinus *l. ult. C. Qui admitti ad bonorum possessionem possunt.* Quid ergo est? ego censeo, imperium a jurisdictione, quantum ad Magistratus municipales attinet, non tam vocabuli proprietate, quam docentium usu, separari; &, quia lex notionem municipalium Magistratum jurisdictionem appellavit, fecisse vocabulorum paupertatem, & distinguendi necessitatem, ut eadem, si cum potestate Romani Magistratus conferretur, tantum jurisdictio diceretur: ea vero, quæ Romani Magistratus est, magis imperium appellaretur. Ut tamen in Romano Magistratu ista, quæ imperii, eadem jurisdictionis, & quæ jurisdictionis, eadem imperii, haberentur. Sane, si cui Prætor, aut similis Populi Romani Magistratus, jurisdictionem delegaret; tum (ut Ulpianus loquitur *l. 1. §. 4. D. de suspectis tutoribus*) officium totum juris dicendi ad illum transibat: & ideo ea quoque, quæ imperii sunt, ei mandata intelligebantur; ut, quod Macer notat *libro 1. De officio Præsidis*, cognitio de suspectis tutoribus; & si possessio bonorum daretur, vel si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere jubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is, cui legatum est, legatorum servandorum causa in possessionem mittatur *l. 4. pr. & §. 1. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* His adde, quod idem Ulpianus scribit *l. 1. §. ult. D. de stipulationibus prætoris*, eique Pomponius consentit *l. 5. D. de verborum obligationibus*, jubere caveri prætoriam stipulatione prætoris jurisdictionis esse: prætereal. *l. 1. §. 10. D. de postulando*, & *l. 16. §. ult. D. de minoribus*, tam Præfectum urbi, quam alios Magistratus pro jurisdictione sua restituere in integrum. Item Ad Edictum libro primo *l. 1. D. de damno infecto*, cum res damni infecti celeritatem desideret, & periculosa dilatio Prætori videatur, si ex hac causa sibi jurisdictionem reservaret, Magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavisse. Et rursus *l. 4. §. 3. D. de damno infecto*, Prætores vel Præsides Magistratibus municipalibus duas res injunxisse, cautionem, & in possessionem missionem; cætera suæ jurisdictioni reservavisse. Quæ mihi placent, atque ea, quæ in *l. 4. D. de jurisdictione*, & *l. 26. §. 1. D. Ad municipalem*, respectu municipalium Magistratum dicuntur magis imperii esse, quam jurisdictionis, in cæteris magistratibus æque jurisdictionis, atque imperii esse, clare evincunt. Nisi Paulus intercedit *l. ult. §. 1. & l. 1. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, locis sane

sane asperis & difficilibus. Sed ea superavi infra libri secundi capite secundo.

CAPUT IV.

De mero imperio, seu gladii potestate. id quo sensu merum dicatur, & a mixto imperio separetur? Cognitionem & decretum meri imperii partem facere.

DE imperii & jurisdictionis significatione dictum satis. porro de formis dicendum; cum autem imperium duplex sit, merum, aut mixtum; primum de mero videndum. Id ab Ulpiano l. 3. D. de jurisdictione definitur, *Habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines.* Ait gladii; & ut puto, exempli causa: utitur enim specie imperfectæ definitionis, quam Isidorus κατ' ἀναλογίαν appellat; non definitione ex genere & differentia. Adeo perinde acceperim Ulpianum, ac si dixisset, merum imperium esse, verbi gratia, habere gladii potestatem. non enim gladius qui apud Ulpianum de ultimo supplicio dicitur, tantum ad merum imperium refertur, sed & quævis alia criminum coercitio, quam Ulpianus a gladii potestate separat l. 6. D. de officio Proconsulis & Legati. l. 70. D. de regulis juris. l. 6. §. 8. D. de officio Praesidis. Nec tamen inficior, Veteres interdum per gladium etiam integrum merum imperium, non tantum partem ejus, indigitare ut cum honores juris gladii apud Lampridium legimus in vita Alexandri Severi c. 49. Sed apud Ulpianum contra est: & forsan in illo Prudentii Cathemerin. hymno ante somnum.

Quæstor ille solus

Animaque corporisque,

Ensisque bis timendus

Prima & secunda mors est.

Deinde ait Ulpianus, *Ad animadvertendum in facinorosos homines.* Video, ex his verbis colligi, jus gladii tantum executione, non etiam cognitione, constare: & ideo alio nomine merum imperium dici, quasi solum & nudum imperium; etiam opponi imperio mixto cui jurisdictio inest; postremo, coercitionem, executionem, animadversionem, potestatem, jusque animadvertendi, appellari d. l. 3. & l. 21. D. de officio Proconsulis & Legati l. 1. §. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. l. 131. D. de verborum significatione. Quod mihi non placet: nam cum hoc imperium vocatur *merum*, idemque *mixto* opponitur; non hanc causam habet, quod id solum ac nudum imperium est; quamquam & *merum* hac significatione sumi, non ignorem, aut negem: sed quia ad ultionem læsæ disciplinæ respicit, & severitatem Judicis ac vim requirit, & ob id vehementius & insignius habetur: ut solent quæ nulla admixtione aut corrupta, aut attemperata, sunt. Eo sensu *merum* Latine scientibus usurpari, etiam Obertus Gifanius observat, *Indice ad Lucretium*; & apud Sidonium Apollinarem accipitur lib. 4. epist. 1. istis verbis. *Purius, fortius, meracius amare.* Justinianus quoque l. 12. C. de legitimis heredibus hoc sensu, *Omne, inquit, jus, quod ex quacunque lege liberis prestitum est, hoc merum atque immutilatum hujusmodi filiis vel filiabus servari.* Contra id imperium quod *mixtum* est, non idcirco sic appellatur, quia cognitioni miscetur; minime: sed quia lenius est, aut non tam vehemens, quam merum imperium; neque ad vindicandam reipublicæ majestatem, sed ad regendam privatorum utilitatem refertur. Sic mihi videtur; & facit priori sententiæ, quod

Noode Operum Tomus I.

Pomponius l. 2. §. 18. D. de origine juris, & Arcadius Charisius l. unic. D. de officio Praefecti pratorio, capitis animadversionem eadem ratione summam & majorem potestatem vocant. Facit utrique Cicero pro Cæcina, cum sic scribit. *Omnia judicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum malefactorum causa reperta sunt: quorum alterum lenius est, propterea quod & minus laedit, & persæpe disceptatore domestico dijudicatur. Alterum est vehementissimum, quod & ad graviores res pertinet, & non honorariam operam amici, sed severitatem judicis ac vim requirit.*

At enim merum imperium dicitur gladii potestas ad animadvertendum, dicitur & coercitio, & animadversio. Memini; sed id non obstat; neque magis cognitionem ab imperio mero excludit; quam lex, cum Magistratui cognitionem aut jurisdictionem indulget, ab ea executionem aut notionem separat. Igitur & imperium, & animadversio, & coercitio, plenius accipienda sunt; ut animadversionem seu jurisdictionem integram exhibeant: velut in Edicto de injuriis, & de minoribus; vel Ulpiano interprete l. 15. §. 28. D. de injuriis, & l. 1. §. 1. juncta l. 24. §. ult. D. de minoribus. Quamquam quid verbis opus est? ubi res apparet, & Ulpianus scribit l. 6. D. de officio Proconsulis & Legati, *Proconsules solere custodiarum cognitionem mandare Legatis: scilicet ut praeditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipsi liberent. sed hoc genus mandati extraordinarium esse: & addit, nec enim posse quem gladii potestatem sibi datam, vel cujus alterius coercionis, ad alium transferre.* Unde constat, cognitionem Ulpiano facere partem potestatis gladii, & sub mero imperio comprehendendi. Sed hoc probant quoque formulæ legum publicorum judiciorum: in quibus ita caveri, docuit me Ciceronis Oratio Pro Cluentio & Collatio Legum Mosaicarum & Romanarum Tit. 1. *Uti is Prator, Judexve questionis, cui sorte obvenierit questio de sicariis, querat cum his judicibus, qui ex lege sorte obvenierint.* Idem Virgilius ostendit lib. 6. *Æneid.* vers. 431. verbis sequentibus.

Nec vero hæc sine sorte data, sine iudice sedes,

Quæstor Minos urnam movet, ille silentum

Consiliumque vocat, vitasque, & crimina discit.

Vides Quæstorem, eum urnam movere, Consilium convocare, vitas & crimina discere: id vero quid aliud est, quam eum qui merum imperium habet, de criminibus cognoscere, & pronuntiare? id est, jus dicere. Atque hoc Asconius Pedianus ex illo Virgilii loco observat, & sic tradit in *Argumento orationis Ciceronis in Verrem de pratura urbana.* Verba Asconii. *Ad hanc similitudinem Poëta Virgilius Minoem judicem apud inferos, tanquam si Prator sit rerum capitalium, Quæstorem appellat, dat ibi sortitionem, ubi urnam nominat, dat electionem judicum, cum dicit, consiliumque vocat, dat cognitionem facinorum, cum dicit; vitasque & crimina discit.* Sed & sententiæ pronuntiationem Pratori, seu Quæstori, competuisse, præter eundem Asconium in *Proœmio actionis in Verrem* p. 47. & 48 & in *Argumento Miloniana* p. 191. clare attestatur Plutarchus in vita Pompeji p. 620. ad fin.

H

CAPUT

CAPUT V.

Mixti imperii partes duas esse, decretum, & judicis dationem.

Sed hujusmodi imperium Ulpiano merum est. idem mixtum vocat *d. l. 3.* quod in danda bonorum possessione consistit: & addit, jurisdictionem etiam judicis dandi licentiam esse. Ita formæ sive mixti imperii, sive jurisdictionis, duæ videntur, decretum, & Judicis datio: sed utriusque formæ exempla multa habentur: sive enim Judex, sive Arbitrator, sive Recuperator, detur; Judicis datio est, & ad alium notio transfertur: contra, sive bonorum possessio, sive addictio, executioque, sive in integrum restitutio, sive id genus alia interveniant; decretum dicitur, & Prætoris opera desideratur. Igitur exempla mixti imperii (ut dixi) multa, formæ tantum duæ, habentur. Inde Asconius in *Proœmio actionis in Verrem p. 46.* scribit, *Instituta Prætorum in*

decretis interponendis, dijudicandisque causis versari. Ait, *dijudicandis causis* pro causis Judicem dando: ut in illo Vopisci in *Floriano c. 2.* *Qui Taprobanis Præsidentem imponat, qui ad Romanam insulam Proconsulem mittat, qui Sarmatis omnibus judicet;* pro Judicem det: quod ibi Salmasius annotavit p. 623. Res certa: nam & Cicero *lib. 3. De legibus* inquit, *juris disceptatorem, qui privata judicet, judicare jubet, Prætor fore.* Eodem sensu Plautus in *Mænachm.* definit, *Aut ad populum, aut in jure, aut ad judicem, rem esse.* Publica enim judicia olim apud Populum, privatæ vero causæ aut apud Magistratum, aut apud Judicem datum, expediebantur: atque illo casu in jure, isto in judicio, esse dicebantur *l. 15. D. Ratam rem haberi.* Hæc de divisione.

CAPUT VI.

De origine ejus divisionis, antiquam esse, & cum urbe Roma cœpisse.

Porro videndum, qua ratione & quo jure ea divisio nata videatur. Et Ulpianus *l. 12. §. 1. D. de judiciis* eam, quod ad Magistratus urbanos attinet, mori majorum imputat: sed tempus quo mos invaluerit, nullum adjicit. Suspicio tamen, cum Urbe, atque ipso Romano nomine, surrexisse: quippe a Regibus fluxisse, ab his ad Consules venisse, a Consulibus denique ad Prætores, similesque Magistratus, transiisse. Movel me quod Dionysius Halicarnassensis auctor est *lib. 10. Antiq. Roman. c. 1.* Consules inter cætera regia officia etiam juris cognitionem sibi sumpsisse, litesque inter litigatores quacumque de causa ortas, jure decidisse. Idem præterea Dionysius *lib. 2.* scribit, id Romuli institutum fuisse, ut alias per se cognosceret, alias per Judices quibus formula data ostenderet, quemadmodum judicandum esset. Verba Dionysii hæc sunt. *Regis quidem hæc munia eximia esse jussit, ut legum & morum patriorum custos esset, & omnis juris naturalis, & ex communi hominum consensu pactoque scripti curam gereret, & de gravissimis injuriis ipse cognosceret, leviorum vero causarum notionem Senatoribus permitteret, ita tamen, ut caveret, ne quid interim in judiciis peccaretur.* En, ait, Romulum voluisse, Regis officium esse, per se jus dicere de quæstionibus juris, cum civilis, tum naturalis; denique de gravissimis injuriis: leviores vero causas Senatorum notioni permittere: ita tamen, ut caveret, ne quid interim in judiciis peccaretur: id vero ideo, quia Judices ab eo dati tantum ex jure ab eo dicto & præscripto judicabant: adeo neque absolvere, neque condemnare, poterant, nisi ejus permisso: id enim formulæ & Judicis dationi consequens esse, vel ex Seneca intelligimus: cujus verba ex *lib. 3. De beneficiis cap. 7.* hæc sunt. *Quacumque in cognitionem cadunt, comprehendendi possunt, & non dare infinitam licentiam judici. Ideo melior videtur conditio cause bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat terminos ponit.* &c. Igitur a Romulo hæc judicandi forma varietasque, Romulum vero Numam sequutum, Festus in voce *reus* auctor est: nam & Judicis & Arbitri in quadam ejus lege meminit; ut eorum nomina & notio-

nem ea tempestate innotuisse verisimile sit. Verba Festi apposui. *Numa in secunda tabula, secundæ legæ, in qua scriptum est, quid horum fuerit unum judici, arbitrove, reove, eod die diffensus esto.* Sed ea quidem de Romulo & Numa mihi probabilia videntur: quod autem ad Servium Tullium attinet, pene hæreo: quia eum a priorum more atque instituto recessisse, idem Dionysius refert *lib. 4. Antiq. Rom. c. 3.* Utrum tamen Servius universam jurisdictionis formam inverterit, an judiciorum causas ampliaverit: & cum priores Reges in his pleraque arbitrato suo agerent, ipse se necessitati Judicis dandi subjecerit, eumque in finem elegerit certos homines ex quibus Judices daret in singulis causis, pariter ut a Prætore factum deinde esse ostendam capite XIII. id neque affirmaverim temere, neque negaverim. Hoc tamen verisimilius puto, idque a Dionysio indigitari verbis sequentibus. *Tullius de regii imperii auctoritate ac potestate ipse dimidium detraxit, quum enim omnes superiores Reges omnium litium judicia ad se transferri vellent, & de omnibus tam privatis, quam publicis causis arbitrato suo cognoscerent, ille, separatim publicis a privatis, ipse quidem de criminibus ad rem publicam pertinentibus cognoscebat, privatorum vero judices privatos constituit, quibus leges a se latas ut regulas præscripsit, quas in judiciis & rebus decidendis sequerentur.* Hæc Dionysius: quem ita accipio, quasi hoc velit, Servium privatas lites ab injuriis publicis distinxisse, & has ipsum per se, illas per personas privatas & datos Judices, cognovisse: itaque a Romuli & cæterorum instituto recessisse in eo: quod illi litium sibi, etiam privatarum, cognitionem sumpsere; præterquam si minores essent, ut tamen & has arbitrarias haberent: Servius omnes privatas pro minoribus habuit, solisque ipse causis publicis sedit; privatis autem Judicem & formulam dedit. Verum quidquid ejus rei sit, ut dixi, non definio. Quod sequitur, pro certo dixerim, ipsis Duodecim Tabulis jurisdictionis utramque partem, id est, & cognitionem & Judicis dationem, Magistratibus plane permissam aut non ademptam esse, idque constare eo Fragmento quod Gellius habet *lib. 20.*

Noct.

Noct. Attic. cap. 1. ubi infit, Legem Duodecim Tabularum voluisse, *judicem arbitrumve in jure datum qui obrem dicendam pecuniam accepisse convictus erit, capite pœniri*. Prodit & Festus aliud in sequentibus verbis. *Et in XII. Si vindiciam falsam tulit, si*

velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decido. Verba corrupta sunt: sed volunt, Si quis vindiciam falsam tulerit, ejus rei sive litis a Prætore tres dari arbitros quorum arbitrio dupli fructus restituantur.

CAPUT VII.

Prætores in quibusdam causis per se cognovisse, in quibusdam per judicem datum, tertium genus nullum fuisse. l. 2. C. de pedaneis judicibus disuncta.

Sed de origine ejus differentia satis. Porro quod attinet ad causas, in quibus vel solet Judex dari jure & ordine, vel Magistratus extra ordinem cognoscere, duplex est Interpretum sententia. una permittit Prætori libertatem, velitne Judicem dare ordinario jure, an malit ipse extra ordinem cognoscere. altera facit tria causarum genera quarum alia Judicis notionem exigant, Prætoris autem cognitionem non admittant: alia ad Prætores tantum, non ad Judicem datum, pertineant: alia denique arbitraria habeantur. Sed ego neutri accedo. imo miror, viris egregiis & doctis opinionem, tam ipsis dissimilem, & a vetere Jure tam abhorrentem, aliquando in mentem venisse. Primum, quid certius est, quam Prætores lege Cornelia jussos fuisse, ex Edictis suis perpetuis jus dicere? in quibus autem causis in Edicto Judicem & formulam promittere, in his ab Edicto abire, atque extra ordinem intervenire, eis quemadmodum jus aut fas fuit? Sed eam legem gratiam sustulisse ambitionis Prætoribus qui assueverant varie jus dicere, attestatur Asconius Pedianus, *Argumento in orat. Ciceronis Pro C. Cornelio p. 123.* etiam Dion Cassius lib. 36. Eodem spectat castigatio sequens ex Ciceronis lib. 1. ad Q. Fratrem epist. 2. *Quid? Prætor solet judicare, deberi?* Hoc enim vult, Prætores non solitum judicare, deberi: & ideo subjungit, *Sed via juris ejusmodi est quibusdam in rebus, ut nihil sit loci gratia.* Item juvat quod Julianus & Callistratus l. 8. § 9. *D. de officio Præsidis* scribunt, quoties Princeps negotia ad Præsidem remittit hac vel simili rescriptione, Eum qui provinciae præest, adire potes, eum æstimare debere, utrum ipse cognoscere, an Judicem dare debeat. Juvat præterea, quod Ulpianus l. 1. § 7. *D. de extraordinariis cognitionibus* refert, Præsidem his artium opificibus quæ sunt extra notas vel literas positæ, nequaquam debere extra ordinem jus dicere; cæteris debere. Et quod idem §. 14. *ejusdem loci* ait, ad nutricia quoque officium Præsidis vel Prætoris venire: nutricia autem eousque produci, quoad infantes uberibus aluntur: post hæc partes Prætoris vel Præsidis cessare. His adde, quod apud Suetonium Claudius *in ejus vita c. 15.* quemdam interpellatum ab adversariis de propria lite, negantemque, cognitionis rem, sed ordinarii juris esse, agere causam apud se coëgit. Ait Suetonius, reum quemdam Imperatoris cognitioni in re quæ ordinarii juris esset, recte atque ordine restitisse; sed Claudium non communi jure, neque civili more fecisse, verum Imperatoria & legibus soluta potestate: quæ cum in Magistratibus cesset; apparet, his neque cognitionem, neque Judicis dationem, arbitrariam fuisse, vetante lege Cornelia. & ideo non licuisse, in rebus ordinarii juris extra ordinem cognoscere, sed Judicem

dare: in rebus autem cognitionis illis licuisse extra ordinem intervenire, Judicem dare non licuisse. Propterea ita est: & utrumque probant Imperatores, Diocletianus & Maximianus; simul alterum mutant verbis sequentibus l. 2. *C. de pedaneis judicibus.*

Placuit nobis, Præsides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent, cognoscere ante hac pedaneos judices dabant, notionis suæ examen adhibere: ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judices licentia eis permessa credatur. Quod usque adeo in Præsidium cognitione retinendum est, ut eorum judicia non diminuta videantur: dum tamen & de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, & de libertinitate Præsides ipsi dijudicent.

Primum observandum, Imperatores, Diocletianum & Maximianum, causarum species quæ vetere Jure fuerunt, tantum duplices facere; alias in quibus Præsides non possent cognoscere, sed Judices dare: alias in quibus possent cognoscere, sed Judices dare non possent. Illud primum notandum: hoc deinde, juberi Præsides, de universis causis, si ve ante fuerint ordinarii juris, si ve cognitionis, deinceps extra ordinem cognoscere: præterquam, quæ exceptio additur, si litium copia intercedat, aut publicæ occupationes impedimento sint: nam utroque casu Judicis dationem recipere: quamquam non in his causis in quibus ante solebant ex officio suo cognoscere; sed in istis in quibus antea habebant Judicis dandi facultatem. Postremo observanda cautio quæ adjicitur ad calcem legis. ea cautio est; ne quem Præsides de ingenuitate aut libertinitate Judicem dent vel tum, cum eos litium multitudo, aut publicæ occupationes distracturæ sunt: etsi hæc causæ alioquin æque, ac reliquæ quæ ante ordinarii juris fuerunt, olim tantum admiserint Judicem datum, Præsidium vero cognitionem non admiserint. Aperui viam ad verum Imperatorum sensum: neque me alio trahunt postrema verba, *Super qua poterant etiam ante cognoscere*; quæ scio a multis sic accipi, quasi velint, Super qua debebant Præsides etiam ante cognoscere: sensu, si verum dicam, non tantum supervacuo, sed & falso. primum supervacuo: siquidem Imperatores jus causarum extraordinarii juris ante eum versum tam clare definierunt, ut si causæ libertinitatis & ingenuitatis ex illis forent, deinde nil necesse esset, in his idem nominatim repetere. at non tantum absurditas eam expositionem refellit, sed & veritas: quia certissimum est, liberales causas ante hanc legem quidem datos Judices admisisse jure ordinario; sed Præsidi-

dem extra ordinem non admisisse. id vero si est; apparet, etiam errare illos qui eadem verba Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ita interpretantur, Super qua poterant Præsides, prout vellent, vel ipsi cognoscere, vel Judices dare: nam Præsilibus in liberalibus causis nihil arbitrarium fuit: utique si verum est, eas ad Præsidium cognitionem non pertinuisse. proinde, ne absurdi, aut falsi, sint Imperatores, velim, cogitent eruditi; ne versus ille, *super qua poterant etiam ante cognoscere*, depravatus sit, & ita restituendus, *super qua poterant etiam judices ante cognoscere*: parva, nisi fallor, mutatione; si quidem putemus, ita scriptum fuisse, *super qua poterant et. i.*

ante cognoscere nam, præterquam quod quidam manuscripti libri non habent, *etiam, sed, et*; si fides Marginalibus Ruffardi Notis: constat quoque, illam vocem, *etiam*, fere notatam fuisse hac forma *et. præterea*, istas literas, *i. e.* apud Notarum scriptores exponi, *judex esto*. has autem, *i. s. c. ita, judex sacrarum cognitionum*. Tamen quia de causis status longe aliter, atque ego, sentiunt homines eximii & reipublicæ literariæ principes; quod ipse de his obiter tradidi, deinde plenius demonstrabo; si primum docuero, in quibus causis olim Magistratum oportuerit aut Judicem dare ordinario jure, aut per se extra ordinem cognoscere.

C A P U T VIII.

Pratorem de jure, deque æquo & bono, Judicem de facto judicasse, & quemadmodum.

ERant causæ aliæ facti, aliæ juris: quæ autem facti erant, hæc fere Judicem datum recipere. Ejus rei, præter veteres actionum formulas in quibus erat, *Si paret, condemna*, etiam Ciceronem testem habeo; cum in *lib. 1. ad Q. Fratrem epist. 2. Quid? Prator solet judicare, deberi?* Hoc enim vult, Pratorem minime solitum judicare, deberi: utitur sane interrogatione quæ præter elegantiam sermonis, habet vim arguendi fortiolem, quam rectus simplexque sermo; ut Quintilianus docet *lib. 9. Inst. orat. c. 2.* Sed, quod dixi, moris fuit, si jus certum, factum incertum, esset. cæterum, si & factum certum ac clarum esset: tum neque Judice, neque actione, neque exceptione, opus fuit; verum Prætor per se intervenit, & legum voluntatem sine Judice executus est *l. 9. D. de jurejurando. l. 1. §. 5. D. de dolo malo*. Idem fuit, cum de jure & æquo dubitaretur: nam & tum Prætor, non Judex datus cognovit. Hoc clare Seneca. *De benefic. lib. 3. c. 7.* Verba Senecæ. *De quibusdam etiam imperitus judex dimittere tabellam potest, ubi fecisse, aut non fecisse pronuntiandum est, ubi prolatis cautionibus controversia tollitur. Ubi vero inter disputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda est, ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex ordine selectorum, quem census in album & equestris hereditas misit.* Igitur in facto quod aut chirographo plerumque paret, aut testibus demonstratur, Judex dari potest: at in æqui bonique disceptatione in qua prudentissimus quisquæ fallitur, & ut Seneca loquitur, animi conjectura capienda, & sola sapientia decernit, Judex dari non potest: sed Romæ quidem Prætor, in provincia vero Præses definit, atque, ut in factis judicium, ita hic Consilium, adhibet: id est, in Urbe Decemviros aut Centumviros, in provinciis viginti Recuperatores. Inde Quintilianus *lib. 4. Inst. orat. c. 2.* De jure queritur, ut apud Centumviros, filius, an frater debeat ab intestato esse heres: pubertas annis, an corporis habitu æstimetur. Et Cicero *De oratore lib. 1. Volitare in foro, herere in jure ac Prætorum tribunalibus, judicia privata obire, in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate a jure certetur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium jura versentur, cum omnino*

quid suum, quid alienum, quare denique civis, an peregrinus, servus, an liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentia. Hæc Cicero & Quintilianus: ostendentes clare, quæstionibus quæ de jure atque æquitate fuere, apud Prætores & Centumviros ventilatas fuisse; Centumviros vero Prætori in consilio assedisse, ex Valerio intelligitur: cujus verba hæc sunt *lib. 7. cap. 7 §. 1. Militantis cujusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, aliis heredibus scriptis decessit. Peractis deinde stipendiis adolescens reversus, domum errore patris, impudentiaque amicorum sibi clausam reperit: itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam. Acerbe: cum improbißimis enim heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit, omnibusque non solum consiliis, sed etiam sententiis superior discessit. Vides, ea in causa, quod & Cicero annotavit *lib. 1. De oratore*, quæsitum fuisse de Jure civili, possitne paternorum bonorum exheres esse filius quem pater testamento neque heredem nominatim scripisset, neque exheredem. vides, eam causam apud Centumviros actam, eos porro in Consilio fuisse: at cui? nisi Prætori qui eos quatuor consiliis conscribebat: amplius, cum Decemviris ipsis præsidebat, Plinio teste *lib. 5. epist. ult. & lib. 6. epist. 33.* Intererit, loci utriusque verba adscripsisse. Ea ex *lib. 5. epist. ult.* hæc sunt. *Descenderam in basilicam Juliam, auditurus, quibus proxima comperendinatione respondere debeam. Sedebant Judices, Decemviri venerant, observabantur Advocati; silentium longum, tandem a Prætoze nuncius, dimittantur Centumviri.* Et post. *Hoc facto Nepotis commotus Prætor, qui Centumviralibus præsidet, deliberaturus, an sequeretur exemplum, inopinatum nobis otium dedit.* Hæc ex *lib. 5.* Ex *lib. autem 6. Epist. 33.* ista sunt. *Fœmina splendide nata, nupta prætório viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies, quam ille novercam ei amore captus induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant Judices centum & octoginta; tot enim quatuor consiliis conscribuntur.* Igitur de jure & æquo Prætor cum Consilio, id est, cum Centumviris aut Decemviris, cognovit. Ut tamen, si ei facti quæstio misceretur, Prætoris æque de facto incidente, ac de jure, notio esset; ut in exemplo *lib. 1. C. de ordine judiciorum*, de quo pluribus sequente capite. ut in querela inofficiosi testamenti, ostendente Plinio *d. Epist. 33. lib. 6. ver-**

6. verbis hisce, *Intervenit acribus illis, & erectis frequens necessitas computandi, ac pene calculos tabulamque poscendi, ut repente in privati iudicii formam Centumvirale vertatur.* ut in minorum restitutione: in qua quia pollicetur Prætor, se quod cum his gestum esse dicetur, animadverturum esse l. 1. §. 1. D. de minoribus, nulla propria actio est, sed Prætoris cognitio vertitur l. 24. §. ult. D. cod. tit. nec tamen in integrum restituitur minor, nisi Prætori duo probet, primum, se minorem esse; & deinde, se lapsum esse fragilitate consilii & lubrico ætatis. Simile in illis causis quæ inter patrem & filium sunt: in quibus Seneca auctor est *De beneficiis lib. 3. c. xi.* privilegia quædam parentibus data esse, ut eorum erga liberos suos extra ordinem haberetur ratio: in quibus de potestate quoque quæstionem esse, si ea inter patrem & filium sit, Paulus docet l. 8. D. de probationibus, & Ulpianus l. 3. §. 4. D. de liberis exhibendis, & l. 1. §. 2. D. de rei vindicatione. Solet & de fideicommissis extra ordinem jus dici ex Augusti & Claudii constitutionibus §. 1. Inst. de fideicommissariis hereditatibus. Solet & de aliis quæ hic enumerari, nihil attinet. Potius addam quod de fideicommissis dixi, eo referendum videri Julianum l. 75. D. de iudiciis. nam, etsi non faciat fideicommissi mentionem, tamen pro fideicommissio stat Inscriptio loci quæ habet, *Julianus libro 36. Digestorum.* eo enim libro, ut & quibusdam præcedentibus ac sequentibus eum egisse de legatis & fideicommissis, satis colligitur ex Fragmentis quæ in Pandectis supersunt. Adeo nil mirum, ibi Prætozem de facto

pronuntiasse, scilicet absentem debere; cum in fideicommissis nulla formula esset, sed extraordinaria persequutio indulgeretur; auctore Ulpiano in *Fragmentis tit. 25.* Nec tamen negaverim, Prætori, etsi non fuerit ei in his jus dandi Judicem seu Arbitrum cognoscendæ judicandæque rei, tamen jus fuisse (ut Julianus ait) actioni judicati, item executiendæ æstimandæve rei, Arbitrum dandi: quod & constat ex l. 7. D. de confessis. l. 139. §. 1. D. de legatis lib. 1. l. 12. D. de legatis lib. 3. l. 37. D. de fideicommissariis libertatibus. E diverso quoque quod Judici factum, Prætori jus, assignavi; non sic accipi oportet, quasi Judicis de jure nulla notio fuerit; sed quasi ei non licuerit, jus ab eo quod formula continebatur, diversum sequi. Nec tamen hoc obstitit, quo minus lis de æquo & bono ex ipsa formula, maxime si ei addita esset clausula, Ex bona fide, apud eum oriri & definiri potuerit. idque necio, an Cicero velit *De oratore lib. 1.* sequentibus verbis. *Volutare in foro, harere in jure, ac Prætorum tribunalibus, judicia privata obire, in quibus sape non de facto, sed æquitate ac jure certetur.* Sed & in *Topicis* sic inquit. *Privata judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia: nam & adsunt multum, & adhibentur in consilio, & patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant.* In omnibus igitur us judicis, in quibus ex bona fide est additum, plurimus eorum usus est. Ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoria, in quo est, quid æquius melius, parati esse debent.

CAPUT IX.

Utrum liberales causæ fuerint ordinarii juris, an extraordinarii, plena & accurata disputatio. l. 2. C. de ordine judiciorum exposita, & quædam alia.

VERUM venio ad id quod supra promisi, demonstrandum, causas libertatis atque ingenuitatis ante l. 2. C. de pedaneis iudiciis ordinarii juris fuisse; itaque in his Magistratus, si de facto, id est, utrum quis servus, an liber, utrum libertus, an ingenuus esset, disputaretur, non per se, sed per datos Judices, intervenisse. Utar ad hoc primum testimonio Gaji: qui sub titulo D. de liberali causa c. 9. scribit, si fructuarius & proprietarius pariter constant adversus eum qui de libertate litigat; Prætozem permissurum, alterum agere, etsi alter aberit: ut tamen & istum, si superveniat durante iudicio, ad eundem Judicem missurus sit: nisi is justam causam adferat, quare ad eum mitti non debeat: ut si hunc sibi inimicum affirmet. Vides in his liberale iudicium, in eo Prætozem, ab hoc actionem & Judicem dari petitorum alteri: vides, alterum, si actionem sibi similiter petat, ad eundem mitti Judicem, præterquam si eum sibi inimicum, & ideo suspectum dicat: ea vero quid volunt, nisi in causa status esse ordinarium iudicium? Sed hoc Suetoni illustri exemplo firmat in *Vespasiano cap. 3.* *Flaviam Domitillam uxorem duxit, Statilii Capellæ delicatam olim Latineque conditionis, sed mox ingenuam & civem Romanam recuperatorio iudicio pronuntiatam, patre asserente Flavio Libere Ferenti genito.* Ait, Flaviam Domitillam esse ingenuam & civem Romanam Recuperatorio iudicio pronuntiatam. Re-

cuperatorium autem iudicium esse ordinarium, optime probat Cicero de causa status, deque Recuperatoribus in ea datis, ita loquens, *Divinat. in Verrem.* *Agonis est quedam Lilybetana, liberta Veneris Erycina, quæ mulier ante hunc Quæstorem copiosa plane & locuples fuit. Ab hac Præfectus Antonii quidam symphoniacos servos abducebat per injuriam, quibus se in classe uti velle dicebat. Tum illa, ut mos in Sicilia est omnium Venericorum, & eorum, qui a Venere se liberaverunt, ut Præfecto illi religionem Veneris nomenque objiceret, dixit, & se, & omnia sua Veneris esse. Ubi hoc Quæstori Cæcilio, viro optimo, & homini æquissimo nuntiatum est, vocari ad se Agonidem jubet, iudicium dat statim, si pareret, eam se, & sua Veneris esse dixisse. Iudicant recuperatores id, quod necesse erat; neque enim cuiquam erat dubium, quin illa dixisset. Iste in possessionem Bonorum mulieris mittit: ipsam Veneri in servitutem adjudicat.* Hactenus Cicero; clare ostendens, hanc quæstionem, utrum quis servus, an liber, utrum ingenuus, an libertinus sit, dato Judice expeditam fuisse. Idque adeo verum est; ut Severus & Antoninus negent l. 1. C. de ordine judiciorum, Præsidem cognoscere posse super causa status. Fuerit tanti, eorum verba, quia quibusdam truncata, plerisque obscura, videntur, paucis explicuisse. Verba Imperatorum.

Adite Præsides provinciarum, & ruptum esse testamentum Fabii præsentis, agnatione filii docete: neque

enim impedit notionem ejus, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit: pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in iudicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat.

Proponitur Fabius, facto testamento, & in eo Titio herede instituto, decessisse. deinde nato posthumo, dicitur de hereditate Fabii lis orta esse inter Titium & posthumi tutores. petit ille, hereditatem ex testamento suam esse; hi eam ab intestato vindicant ex lege; quod ajunt, Fabii testamentum ruptum esse agnatione posthumi. id cum premeret causam Titii, movet is posthumus quaestionem status: causatus cum non testatoris filium, sed servum, esse. Hæc species legis: in qua duplex quaestio; una de jure, utrum posthumus ex lege ab intestato, an scriptum ex testamento, heredem esse oporteat; altera de facto, utrum posthumus liber sit, an servus: illa tantum Magistratum, ista tantum Judicem ab eo datum, admittit. inde quaeritur, ubi utraque lis exerceri debeat? volunt Principes, provinciæ Præsides adiri & doceri, Fabii testamentum esse ruptum agnatione posthumi; Præsides, inquam, non Judicem ab eo datum: quamquam ita arbitrantur eruditi homines, quidam & inferendum contendunt. Sed non est ita, neque lex loquitur de Judice dato, ne in posteriore quidem parte, sed de Præside: de quo accipienda hæc, *Neque enim impedit notionem ejus: item illud, Pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit.* Hoc ut censeam, movet me, quod ea quaestio quæ principaliter vertitur ea in lege, si attendes, non est ordinarii juris, sed cognitionis: non enim in ea ambigitur de facto in quo solet Judex dari; sed de jure, utrum oporteat filium ex lege ab intestato, an scriptum ex testamento, heredem esse. quod observari velim vel ex Ciceronis *lib. 1. de oratore.* Vides principalem legis quaestionem: in quam etsi alia incidat quæ de statu posthumi est, utrum is liber, an servus sit; neque Præsides de facto tali possit cognoscere: id tamen hic Præsidis notionem non impedit. cur ita? quia pertinet ad officium Judicis (id est, Præsidis, ut sæpe alibi) qui de hereditate cognoscit, examinare universam incidentem quaestionem quæ in iudicium devocatur: quoniam non de ea, id est, de facto, sed de hereditate, id est, de jure pronunciat. Sed, ut dixi, quaestio, utrum quis servus, an liber, utrum libertus, an ingenuus sit, contenta fuit dato Judice: at sequens de abducendo servo non alia, quam Prætoriam cognitione & adjudicatione sublata fuit: ut commodè Cicero indicat *Divinat. in Verrem*, loco & verbis supra allegatis. Idem dicendum, si de jure quaestio sit in causa status: quam idem Cicero *Pro Cæcina* refert non apud Recuperatores, sed apud Decemviros, agitari solitam. Verba Ciceronis hæc sunt, *Cum Aretina mulieris libertatem defenderem, & Cotta Decemviris religionem injecisset, non posse Sacramentum nostrum justum judicari, quod Aretinis adempta civitas esset, & ego vehementius contendissem, civitatem adimi non potuisse, Decemviri prima actio-*

ne non judicarent. Postea re quaesita & deliberata, Sacramentum nostrum justum judicatum. Hunc locum tam evidentem & certum, quod mireris, jam olim vir eruditissimus in contrariam partem traxit, tantum quod non animadverteret, eo iudicio magis de jure, quam de facto, disputatum fuisse: quaestio autem hæc erat, possetne Aretinis civitas libertasve quæ eorum erat, Syllana lege adimi. quam quaestionem juris, non facti esse, vel cuius apparere potest: etiam Cicero monet, eam ad uniuscujusque civis statum ac libertatem pertinere, atque ideo Decemviralem, non Recuperatoriam, esse, quod nescio ab aliis esse animadvertum, aut traditum; cum in hac parte magni momenti sit. Est & illud notandum, quod, etsi tantum Decemvirum mentio fiat apud Ciceronem *d. loc.* tamen quam Decemviros, tam Prætores, ea in causa fuisse existimari debet. idque illud Juvenalis innuere *sat. 7. vers. 115.*

Consedere duces: surgis tu pallidus Ajax.

Dicturus dubia pro libertate, bubulco

Judice. ---

Nisi enim fallor, sub hoc schemate intelligit Prætores cum Decemviris aut Centumviris quibus Prætor Præsidebat.

Vera quidem hæc, & adversus cavillationem duratura: sed difficultatem accipiunt ex *lib. 1. & 3. C. de ordine cognitionum*: in quibus Imperator Alexander cognitionem de statu ipsi Præsidi verbis adscribit tam clavis, ut multis visus sit vix clarioribus uti posse ad demonstrandum, causas liberales respicere dati Judicis cognitionem. Observandum tamen, Alexandrum utroque Rescripto Præsidi liberalem causam non simpliciter adscribere; sed quia erat conjuncta cum quaestione de crimine: sicut cum æqui & boni disceptatione in *d. lib. 1. C. de ordine judiciorum, & lib. 3. C. de judiciis*: in quo concursu æquissimum est, quod Paulus monet, ne majori causæ per minorem præjudicium fiat; sed ut major minorem ad se trahat *lib. 54. D. de judiciis.* Igitur, quia criminalis causa privata & liberali major est, placet Alexandro, causam liberalem criminali cedere, & utramque ab eo cognosci: a quo, abtque concursu foret, cognosci & definiri non potuisset: quod & alibi evenit in *l. 1. C. de officio Rectoris provinciae.*

Sed ostendi, causas liberales sub Alexandro Severo ordinarii juris fuisse; primosque Diocletianum & Maximianum eas extraordinarii juris fecisse *lib. 2. C. de pedaneis iudiciis.* id ipsum in provinciarum Præsidibus: nam de his agunt Imperatores. post autem Constantinus in Prætores constituit, ut liberale negotium ipse disceptator examinaret *lib. 1. C. de officio Prætorum.* Quod si est; probatum est, verba hæc, *super qua poterant etiam ante cognoscere*, quæ extant in *d. lib. 2. C. de pedaneis iudiciis*, aut vitiosa esse, aut adven-

titia.

CAPUT X.

De decreto. Prætores alia pro tribunali, alia de plano definiisse. Et quid sit de plano cognoscere, quid pro tribunali, quid per libellum? Summatim & de plano non semper idem fuisse. De dispositione dierum conventus, & ordine cognitionum, deque humanitate, aut peregrinis & longe venientibus, aut militibus, extra ordinem exhibenda. Ulpiani & Seneca tentatus locus.

Ostendi, jurisdictionis seu mixti imperii partes duas esse, decretum, & Judicis dationem; proximum est, ut exponam, quemadmodum decretum interponi, aut Judex dari consueverit. Primum quod ad decretum attinet, monendum est, id vel late accipi, vel stricte: nam aut in specie decretum, aut subscriptionem, appellari; alterumque de plano, alterum pro tribunali, fieri l. 3. §. 8. D. de honor. possessionib. l. 2. §. 1. D. Quis ord. in possessionib. servetur, & alibi. Planum vero alto opponi, ex isto Cornelii Frontonis constat. Cadimus in plano, decedit aliquid ex alto. Idem Ulpianus docet l. 2. §. 32. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat; cum viam planam cliuosa opponit: & in l. 5. §. 7. D. Commodati vel contra; cum ista, de plano opus facere, & in machina operari, opponit. Hoc planum. Quid tribunal? altior locus fuit, fere hemicycli schemate introsum curvatus: ut Vitruvius scribit lib. 5. Eum locum Cicero superiorem appellat, eique æquum opponit lib. 3. Ad Familiares, epist. 8. his verbis. Illud quidem scio, meos multos, & illustres, & ex superiore, & ex æquo loco sermones habitos cum tua summa laude. Tribunali porro sellam curulem imponi solitam, idem Cicero Verrin. 4. indicat; cum sic inquit, Palam de sella atque tribunali pronuntiavit. Item Tacitus lib. 1. Annal. Verba Taciti, Assidebatque mixtim, aut in cornu tribunalis, ne Prætores curuli depelleret. Martialis quoque lib. xi. Epigr. 99.

Sedeas in alto tu licet tribunali,

Et e curuli jura gentibus reddas.

Igitur illo in tribunali, illaque in sella, ubi sedens Magistratus jus dicebat, hasta posita (nam & hæc poni solet) pro tribunali, id est, in tribunali, Festo interprete in verbo pro, cognoscere aut decernere dicebatur. More a Romulo introducto: de quo ita Dionysius Halicarnassensis lib. 2. c. 4. in fine. Et quum videret ipsum metum homines ab omni facinore detertere maxime posse, multa ad eam rem paravit, & tribunal, ubi sedens judicabat, in fori loco maxime conspicuo. Quod si qui de tribunali in planum descendentes retinerent, quod de Claudio Suetonius refert in ejus vita, aut alioquin ei in via, aut domi, desiderium suum exponerent: eo casu, quia hos in æquo consistens solo, procedensve, audiebat, dicebatur de plano cognoscere; item procedens jus dicere; dicebatur & planaria interpellatio, ut apparet ex l. 4. C. de dilationibus, quam Haloander ita vere restituit. A procedente judice dilationem non convenit postulari, etiamsi utraque parte præsentem tribuatur, cum non alias, nisi causa cognita, indulgeri queat: & cognitio causa non interpellatione planaria, (vulgo legitur, plenaria) sed confidente magis judice legitime colligatur.

At quemadmodum tribunal & planum committuntur, ita tribunal & libellus l. 2. C. Quemadmodum testamenta aperiuntur, item libellus & cognitio

seu decretum, opponuntur l. 6. C. de prædiis & aliis rebus minorum. l. 9. §. 1. D. de officio Proconsulis & Legati: non aliam ob causam, quam quod de plano postulans, Magistratum per libellum adibat, & postulanti Magistratus per subscriptionem respondebat: uti præter alios docet Paulus l. 15. D. de in jus vocando, & Modestinus l. 29. D. de lege Cornelia de falsis: at quæ decretum & causæ cognitionem desiderabant, non poterant per libellum aut alibi, quam pro tribunali, expediri l. 9. §. 1. D. de officio Proconsulis & Legati, l. 3. §. 8. D. de bonorum possessionibus. Eoque referri debet id Achillis Tatii lib. 8. De Clitiphontis & Leucippes amoribus. Sed neque quidquam est, quod tu (Præses) pro tua auctoritate statuere prius audeas, quam hoc in solio confideas. His adde, quod ea quæ fiebant per libellum, quamvis passim expedirentur de plano, tamen & pro tribunali postulationum die recte petebantur; eoque summatim cognita, subscriptionem statim aut lequente die recipiebant. contra, illa quæ cognitionis erant, quamquam cognitione, saltem summaria, indigerent, non tamen de plano fieri poterant.

Adeo de plano & summatim cognosci non semper idem fuit: multa certe quæ summatim cognoscebantur, pro tribunali, non de plano, expediri oportuit. Exemplum in decretali bonorum possessione quæ ex Carboniano Edicto, vel ad Exemplum ejus, datur: ea enim cum desideret causæ cognitionem, saltem summariam l. 1. l. 3. §. 4. D. de Carboniano Edicto, l. 1. §. 14. D. de ventre in possessionem mittendo, alibi, quam pro tribunali, dari nequit l. 3. §. 8. D. de bonorum possessionibus. l. 2. §. 1. D. Quis ordo in possessionibus servetur.

Atque hæc ut paulo plenius intelligantur, observandum præterea est ex Theophilo ad §. 4. Inst. Qui & quibus ex causis manumittere non possunt, quod in Urbe Prætor, & in provincia Præses, certo anni tempore solet Conventum, sive Forum indicare: id est, (ut ipse, & Servius ad Virgilium lib. 5. Aeneid. vers. 758. interpretatur) tempus & locum distinguendorum negotiorum definire. Meminit talium Conventuum Suetonius in Julio c. 7. dicens, Cæsarem, cum ei Quæstori ulterior Hispania obvenisset, mandatu Prætoris jure dicundo conventus circumiisse. Hi Conventus Plinio dicuntur Juridici Conventus lib. 3. Natur. histor. c. 1. cum, Juridici, inquit, conventus ei quatuor. Gaditanus, Corbulensis, Astigitanus, Hispalensis. Dicuntur quoque ei simpliciter Conventus in his verbis c. 3. Nunc universa provincia dividitur in conventus septem: Carthagenensem, Tarraconensem, Cæsaraugustanum, Cluniensem, Asturum, Lucensem, Bracarum. Et in sequente Lapide apud Reinesium, Class. 3. Inscript. 22.

IMP. CÆS.

T. ÆLIO HAD. ANTONINO

AUG. PIO. COS. III.

H 4

PONT.

PONT. MAX. TRIB. PŌTEST
CONVENTUS. CAR
CURANTE. POSTUMIO.
FLAMINE

Deinde observandum, quod inchoaturus hunc Conventum Præses, Prætorve, solitus fuit, eum ita dividere, ut alium diem postulationibus, alium cognitionibus, alium decretis, alium manumissionibus, alium aliis partibus assignaret: uti idem Theophilus docet ad d. §. 4. *Inst.* & ex Ulpiano intelligitur l. 2. §. 1. & 2. D. *Quis ordo in possessionibus servetur.* apud quem tamen, ut hoc obiter addam, in his verbis §. 1. *Quid si ea, quæ causa cognitionem pro tribunali desiderat, vel quæ decretum exposcit?* Sessiones &c. videntur abundare verba, vel quæ decretum exposcit, utique Interpretis esse; exponen-
tis priora verba, quæ causa cognitionem pro tribunali desiderat. Igitur, illis expunctis aut relegatis, non in insulam, sed ad oram libri, legendum. *Quid si ea, quæ causa cognitionem pro tribunali desiderat?* Sessiones & & reliqua.

Porro quæ erant cognitionis, ea petenda erant postulationum die: quo si non possent expediri, a Prætoris differebantur in diem cognitionis: dein pro tribunali suo quæque ordine cognoscebantur & terminabantur; auctore Servio ad Virgilium lib. 2. *Æneid.* vers. 102. qui ita scribit. *In ordine dicebantur causa propter multitudinem vel tumultum festinantium, quum esset annus litium.* Juvenalis. *Exspectandus erit, qui lites inchoat annus.* Hoc, præterquam si humanitas vellet, quod Seneca observat, ut Prætor ab hoc ordine recederet, & longe venientem extra ordinem expediret: id enim ad Lucilium indigitat, epist. 106. cum infit. *Dubitavi, utrum differrem te, an donec suus isti rei veniret locus, jus tibi ex-*

tra ordinem dicerem. Humanus visum est, tam longe venientem non detinere. Sic Seneca: in quo id eruditos monebo, ut videant, ne particula ista, *an*, mutaverit sedem, & restituenda sit ad hunc modum. *Dubitavi, utrum differrem te, donec suus isti rei veniret locus, an jus tibi extra ordinem dicerem.* Humanus &c. Ita mihi videtur, & sensus constat, quod vero ad rem attinet, ad eam respicit quoque Sidonius Apollinaris lib. 4. epist. 6. ad fin. verbis sequentibus. *Si perspicis a vero non discrepare querimoniam, tribue, quæso, convincenti reformationem, peregrino celeritatem.* Sic in peregrino & longe veniente. Idem in milite observat Juvenalis sat. 16. vers. 54. & seqq. Verba Juvenalis.

Premia nunc alia atque alia emolumenta notemus.

*Sacramentorum. Convallem ruris aviti
Improbis aut campum mihi si vicinus ademit,
Et sacrum effodit medio de limite saxum,
Quod mea cum patulo coluit puls annua libo,
Debitor aut sumptos pergit non reddere nummos,
Vana supervacui dicens chirographa ligni:
Exspectandus erit, qui lites inchoat annus
Totius populi: sed tunc quoque mille ferenda
Tædia, mille mora, toties subsellia tantum
Sternuntur, jam facundo ponente lacernas
Cadicio, & Fusco jam micluriente parati
Digredimur, lentaque fori pugnamus arena.
Ast illis, quos arma tegunt, & baltheus ambit,
Quod placuum est ipsis, præstatur tempus agendi,
Nec res atteritur longo sufflamine litis.*

At non tantum his & quibusdam aliis personis hic honos habitus fuit, ut extra ordinem audiri possent, sed & quibusdam causis quas hic enumerari non patitur ratio instituti nostri.

CAPUT XI.

Pro tribunali nihil potuisse cognosci sine Consilio. Pro tribunali Prætor, simul Consilium, sedisse. Consiliarii seu Assessores an & quemadmodum Judices appellati?

CÆterum, ubi Magistratus pro tribunali sedebat, hasta posita, & cognoscebat, more proditum fuit, ne aliter cognosceret, quam si in Consilium adhiberet Assessores seu Consiliarios suos. hoc enim, præter Pomponium l. 2. §. 29. D. *de origine juris*, quem sequente interpretabor capite, pulcherrime indicat Lactantius, *De moribus Persecutorum* c. 22. nam castigans improbos seculi mores, *Judices*, inquit, *militares, humanitatis literarum rudes, sine adessoribus in provincias immissi.* In primis vero id ostendit Achilles Tatius lib. 8. *de Clitophonis & Leucippes amoribus* p. 496. Verba ejus, quia parum pervulgata sunt, adscribam. Ea verba sunt. *Assurge Thersandro Præses. verbo enim tenuis tantum dignitatem hanc obtines, re autem vera hic, quæ te facere decet, imo quæ tu nullo modo facere auderes, omnia unum fecit. Tu consiliarios habes, sine quibus tibi nihil discernere licet. Sed neque quidquam est, quod tu pro tua auctoritate statuere prius audeas, quam hoc in solio confideas.* Hæc ille. Igitur cogniturus pro tribunali Magistratus, Consiliarios adhibebat. addo, cum ipsis pro tribunali confidebat: id enim, præter Achillem Tatium, etiam Theophilus ad §. 5. *Inst.* *Qui ex quibus causis manumittere non possunt*, & Suetonius in *Tiberio* c. 33. attestantur. Ammianus autem l. 23. ad finem refert, ita affedis-
se eos, uti post Prætoris ter-

gum sederent. E re erit, ipsius verba apposuisse: ea de Persis hæc sunt. *Ad judicandum usu rerum spectati destinantur & integri, parum alienis consiliis indigentes: unde nostram (Romanam) consuetudinem rident, quæ interdum facundos jurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga.* Igitur ad hanc formam sedebat cogniturus pro tribunali Magistratus; decreturus autem adeuntibus Assessorum verba pronunciabat: ut Seneca ait *De tranquillitate animi* lib. 1. c. 3. quid multa? Prætoris iudicium erat, Assessores præsentem ac judicantem instruebant, ipsi neque judicabant, neque jus dicebant. Inde Seneca (nam huc alludit) epist. 67. *Quidquid honeste sit, una virtus facit, sed de Consilii sententia: quod autem ab omnibus virtutibus comprobatur, etiamsi ab una fieri videtur, optabile est.* Imo Plinius, judicare & judicanti in Consilio adesse, longe diversa opinatur. Verba Plinii lib. 1. Epist. 20. *Frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in consilio fui.* Pariter Paulus l. 2. D. *Quod quisque juris, Hoc*, inquit, *Edicto dolus debet jus dicentis puniri: nam si Adessoris imprudentia jus aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc Magistratui, sed ipsi Adessorio officere.* Item Juvenalis satira 7. vers. 115. Verba Juvenalis.

Consedere duces, surgis tu pallidus Ajax

Dictu-

Dicturus dubia pro libertate bubulco

Judice. --

Plane Judicem seu Magistratum seperat ab his qui cum eo confident ; ut Paulus jus dicentem ab Assessore, ut Plinius Judicantem ab eo qui ei in Consilio adest. Qui potest ? nam qui Prætori assident, & ipsi Judices appellati *l. 16. D. de manumissis vindicta*, & *l. 1. C. de vindicta* & apud consilium manumissione. Scio ; sed ideo, quia is qui jus dicit, nihil cognoscere aut decernere potuit sine horum sententiis : ita hi Judices, quia Judicis portiones, (hoc enim nomine designantur) item partes, parti-

cipes, & consiliorum socii, ipsum etiam Consilium Participatus appellatum : quod Johannes Savaro optime annotavit, & multis probavit, ad Sidonii Appollinaris *lib. 3. epist. 3.* Igitur qui Assessores, hi & Judices fuere, sed præsentem & judicantem Magistratu : absente enim, neque libellis subscribere, neque causas audire, potuerunt *l. 2. & l. pen. C. de Assessoribus* : id est, Judices non fuerunt. Hoc tamen ex parte mutatum à Justiniano *Nov. 60. c. 2. & Nov. 82. in præfat.* Superest, ut videamus, qui in provincia, quique in urbe, jus dicentis Consilium constituerint.

CAPUT XII.

Pratorem Romæ aut Decemviros litibus judicandis aut Centumviros, Præsides in provincia Recuperatores viginti, in Consilium adhibuisse. Decemvirum judicium non fuisse separatum à Prætoria cognitione.

Solet Præses in provincia Conventum acturus, sibi in Consilium adhibere viginti Recuperatores, cives Romanos ; solet & Prætor Romæ adsciscere quinque Senatores & quinque Equites Romanos : ut Ulpianus refert *tit. 1. & Theophilus ad §. 4. Inst. Qui ex quibus causis manumittere non possunt* : illos autem Equites quinque, Senatoresque quinque, si quis eosdem fuisse putet qui Decemviri litibus vel stlitibus judicandis appellantur, haud aberraverit ; nam & numerus convenit, & Decemviros Prætori solitos assidere tum, cum de jure & æquo disceptaretur, satis ostendi supra. His accedit quod Pomponius scribit *l. 2. §. 29. D. de origine juris, Cum esset necessarius magistratus, qui hasta præesset, Decemviros litibus judicandis constitutos esse.* Hoc vero, quamquam obscurius, tamen nihil aliud vult, quam, cum necessarius esset Magistratus qui regeret ea quæ pro tribunali hasta posita cognoscuntur, Decemviros constitutos esse ; & ipsos, quod assiderent Magistratui, hujusque partem facerent, ac jurisdictionis socii essent, quam Judices, tam Magistratus, appellatos esse. Sed hoc postremum in Assessoribus probavi superiore capite. Præterea, hastæ præesse Pomponio idem esse quod hastam regere, vel inde apparet quod idem Pomponius *§. 15. ejusdem loci*, jura regere, & juridicundo præesse, pro iisdem accipit ; utrumque vero quam Magistratus, tam eorum esse qui suadent & assident, ex illo Plinii intelliges *lib. 5. epist. 17. Ille meus in petendis honoribus suffragator & testis, ille in inchoandis deductor & comes, ille in gerendis consiliator & rector.* Sic Plinius : etiam Pomponius *d. l. 2. §. 6.* cum inquit, ex Pontificum collegio quotannis constitutum fuisse, qui privatis præesset. Cicero quoque *lib. 1. De oratore c. x.* his verbis. *Id, nisi hic in tuo regno essemus, non tulissem, multisque præessem, qui aut interdicto tecum contenderent, aut te ex jure manu confertum vocarent.* Inquit, multis præessem, pro multis essem consiliator & suador. quod jam ab aliis bene annotatum est. Eodem sensu, nescio, an Apulejus utatur verbo præsidere, *lib. De mundo* sic scribens. *Ejus (legis) scitis Magistratibus tribunalia, principia milites frequentabunt, recuperatores judicii præsidebunt.* Utrique nil opus, Apulejo, quod cuidam visum, pro præsidebunt restituere adsidebunt ; cum & Recuperatores, à Magistratibus dati, judicii præesse seu præsidere dicantur. Utrumque erit ; apparet, eum quem dixi, Pomponii sensum esse, Decemvi-

ros constitutos fuisse ad hoc, ut eorum quæ fierent pro tribunali hasta posita, rectores adutoresque essent Prætori : denique illos, quod à Præatore adhiberentur necessario, præturæ seu magistratus participes viros fuisse.

Solet Prætor, præter Decemviros, etiam Centumviros adhibere : ut tamen Centumviris Decemviri, sed cum Præatore, præessent : eoque sensu accipio quod Suetonius in *vita Augusti c. 36.* scribit, Augustum constituisse, ut Centumviralem hastam quam quæstura functi consueverant cogere, Decemviri cogerent. hastam enim cogere Suetonio est, hastæ præesse : quemadmodum judicium cogere est judicio præesse, apud Valerium *lib. 9. c. 12. §. 7.* ut jam ab aliis visum ; atque id sic Dion *lib. 54. p. 618.* interpretatur ; etiam Lucanus ostendit ad *Pisonem* his verbis.

Seu trepidos ad jura decem citat hasta virorum,

Et firmare jubet centeno judice causam.

In primis vero Plinius *lib. 5. epist. ult.* cum *Sedebant, inquit, judices, Decemviri venerant, observabantur advocati*, (ita habent veteres libri, Grutero teste) *silentium longum, tandem à Præatore nuncius. Dimittuntur Centumviri.* Et post. *Hoc facto commotus Prætor, qui Centumviralibus præsidet, deliberaturus, an sequeretur exemplum, inopinatum nobis otium dedit.* Igitur liquet, Decemviros Prætori in Consilio fuisse, & hoc sensu hastæ præfuisse, neque male Magistratus appellatos esse ; etiam liquet, Prætorem non tantum Decemviris, sed & Centumviris, uti solitum : ejusque cum Decemviris æstimationem fuisse pro gravitate & magnitudine litium, etiam hos, an tantum illos, adhibere deberet, facile intelligi potest : si quis cogitet, Ciceronem quæstiones juris quæ ad personarum libertatem aut civitatem pertinent, Centumviralibus causis annumerare *De Oratore lib. 1.* eas tamen apud Decemviros quoque actas finitasque esse, eodem Cicerone teste *Pro domo & Pro Cæcina.*

Plane non assentior cuidam docto viro qui ex his locis contendit, Decemvirum judicium proprium & à Prætorio separatum fuisse : nam, quod causa status à Cicerone dicitur acta apud Decemviros, factum pari ratione qua multa apud Centumviros acta, idem scribit Cicero, & Plinius, etiam Scævola, & Paulus *l. 13. & 17. D. de inofficioso testamento*, pro apud Prætorem, sive (ut Ulpianus loquitur *l. 6. l. 8. §. 16. D. de inofficioso testamento*, & Marcianus *l. 5. E. eod. tit.*) apud Judicem cui Centumviri assident:

assident : item qua manumissionem apud Consili-
um factam , refert Celsus l. 19. D. de manumissis
vinctis , & Imperator Antonius l. 1. C. de vindi-
cta libertate & apud consilium manumissione , pro apud
Pratorem cum Consilio ; ut Clare Theophilus ad
d. §. 4. Inst. Qui & quibus ex causis manumittere non
possunt. Illud æque leve est quod idem vir doctus
huc transfert verba hæc Ciceronis ex Oratore c. 46.
Planeque , duorum virorum iudicium , aut , trium vi-
rorum capitalium , aut , decem virorum litibus judican-
dis , dico nunquam. Non enim id agit Cicero , ut aut
Duumvirum , aut Triumvirum capitalium , aut
Decemvirum litibus judicandis , faciat iudicium
proprium & separatum , aut ut de illorum jurisdi-
ctione disputet ; sed ut ostendat usum Latini ser-
monis : quo placuit , Duumvirum dici pro Duum-
virorum , & Triumvirum pro Triumvirorum , &
Decemvirum pro Decemvirorum.

Non igitur separanda à Prætorio iudicio sunt
Decemvirum iudicia : nec magis Centumvirum.
Atqui , inquit , Centumviri quatuor Consiliis
conscribebantur , inque quatuor tribunalibus con-
sistebant , & quadruplex eorum iudicium vocabatur.
Sed omnibus Prætor cum Decemviris præerat ;
ac , si vel rei magnitudo , vel obscuritas , vel exem-
plum , omnium urgeret conjunctionem , unum ex
omnibus constituebat iudicium , etsi quadruplex
appellaretur. Nec opus verbis : omnia enim Con-
silia , omnesque qui in singulis sedebant , Centum-
viros in una , atque insigni , causa eodem tempore
iudicasse , ex illo Valerii lib. 7. cap. 7. §. 1. intelli-
gitur. Militantis cujusdam pater , cum de morte filii fal-
sum e castris nuntium accepisset , aliis heredibus scriptis
decessit. Peractis deinde stipendiis , adolescens reversus ,
domum errore patris , impudentiaque amicorum sibi clau-
sam reperit. Quid enim illis in verecundius ? florem ju-
venta pro republica absumperat , maximos labores &
plurima pericula toleraverat , adverso corpore exceptas
ostendebat cicatrices , & postulat , ne avitos ejus lares
otiosa ipsi urbi onera possiderent. Itaque depositis armis ,
coactus est in foro togatam ingredi militiam. Acerbe
cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis a-
pud Centumviros contendit , omnibusque non solum
Consiliis , sed etiam sententiis superior discessit. Nec mi-
nus ex hoc Plinii lib. 6. Epist. 33. Fœmina spendile

nata ; nupta Prætorio viro , exheredata ab octogenario
patre , intra undecim dies , quam ille novercam ei amo-
re captus induxerat , quadruplici iudicio bona paterna
repetebat. Sedebant iudices centum & octoginta (tot
enim quatuor consiliis conscribuntur) ingens utrimque
advocatio , & numerosa subsellia ; præterea densa cir-
cumstantium corona , latissimum iudicium multiplici
circulo ambibat. Ad hoc stipatum tribunal , atque etiam
ex superiore Basilica parte , qua fœmina , qua viri , &
audiendi , quod difficile , & quod facile , visendi studio im-
mibant. Magna expectatio patrum , magna filiarum ,
magna etiam novercarum. Secutus est varius eventus.
Nam duobus consiliis vicinus , totidem victi sumus. No-
tabilis prorsus res & mira , eadem in causa , iisdem iudi-
cibus , iisdem advocatis , eodem tempore , tanta diversi-
tas accidit casu quidem , sed non ut casus videretur.
Victa est noverca. Sic , si res digna esset tanti iudicii
majestate. At si parva esset & exilis , quales plera-
que fuisse Plinius docet lib. 2. epist. 14. obtinuisse
videtur , ne Centumviri in una omnes causa , sed a-
liqui ex illorum corpore à Prætoris delegati , sede-
rent : more fortassis inducto à Vespasiano : de quo ita
Suetonius in ejus vita c. 10. Sorte elegit per quos rapta
bello restituerentur : quique iudicia centumviralia , qui-
bus peragendis vix suffectura litigatorum atas videbatur ,
extra ordinem iudicarent , redigerentque ad brevissi-
mum numerum. Utique inde in quatuor illis tribu-
nalibus plures causas eodem tempore sic actas fuisse ,
ut aliquando qui in uno peroraret tribunali , au-
dideretur ab his qui in cæteris negotiarentur , indicat
sequens Quintiliani locus lib. xii. Inst. orat. c. 5. Cum
in Basilica Julia diceret primo tribunali , quatuor autem
iudicia , ut moris est , cogerentur , atque omnia clamoribus
fremere , & auditum eum & intellectum & quod a-
gentibus cæteris contumeliosum fuit , laudatum quoque
ex quatuor tribunalibus meminisse. Idem discitur ex hoc
Plinii d. Epist. 14. lib. 2. Narrabat ille , Affectabar
Domitium Afrum , quum apud Centumviros diceret
graviter & lente (hoc enim illi actionis genus erat) au-
diit ex proximo immodicum insolitumque clamorem , ad-
miratus reticuit . ubi silentium factum est , repetit , quod
abruerat : iterum clamor , iterum reticuit : & post silen-
tium cepit idem tertio. Novissime quis diceret , quasivit ,
respondit est Licinus Tum intermissa causa , Centumvi-
ri , inquit , hoc artificium perit. Tantum de decreto.

CAPUT XIII.

De iudicum datione. Eos a Prætoris aut Præsides eligi solitos , & in album
atque in decurias referri. Selectorum publicum & necessarium fuisse
munus ; nisi excusarent se ob privilegium vel justam causam. Cum ju-
dex dandus esset , non alium dari potuisse a Prætoris , quam sorte , atque
ex Selectis . fuisse & sine sorte datum ex litigatorum consensu : & quæ in
utroque genere fuerit differentia. Iudicem , cum addiceretur , tantum
notionem accepisse , nihil præterea : solitamque ei præscribi formulam
cujus terminis includeretur notio & potestas ejus. An potuerit actor
post litem contestatam aut emendare aut mutare actionem , aut ab ea de-
sistere , invito reo ? & quid juris , si a Prætoris impetraret in integrum
restitutionem causa cognita ? Item quid juris , si iudex formulam egre-
deretur ex consensu litigatorum ? Formulam fuisse aut angustam , aut
latam. Hujus differentie effectus insignis.

Sequitur iudicis datio : in qua id primum mo-
nendum , Iudices initio Conventus in provincia
à Præsides , in urbe à Prætoribus , legi , & , ut certi
essent , in decurias , inque album , referri solitos ,

Prætorum certe meminit. A. Gellius lib. 14. No-
tium Atticarum c. 2. & ante Cicero Pro Cluentio c.
43. Verba Ciceronis : Prætores urbani qui jurati de-
bent optimū quemque in Selectos iudices referre. Albi
mentio

mentio apud Senecam *De beneficiis lib. 3. c. 7.* & Suetonium in *Claudius c. 16.* Etiam Judicis ex quinta decuria meminit sequens Inscriptio apud Reinesium *class. 0. pag. 406.*

L. CLODIO. C. F. SERG
VITELLINO. II. VIR. I. D.
IVDIC. EX. V. DEC
EQVO. PUBL.

Ex quinta, inquam, decuria : tot enim fuisse, vel ex Suetonio intelligitur : qui refert, Augustum ad tres decurias Judicum quæ ante erant, addidisse quartam, deinde Caligulam adjecisse quintam, Galbam autem Judicibus, etiam sextam addi precantibus, eam negasse. *vid. Sueton. Augusto c. 32. Caligula c. 16. & Galba c. 14.*

Hoc primum fuit monendum : illud deinde, quod qui electi erant, hi sicut in cæteris publicis muneribus, ita hic, nisi excusarent se ob justam causam aut privilegium, judicandi necessitate tenebantur : ut constat ex *l. 13. pr. & §. 2. D. de vocatione & excusatione munerum.* addo, ex exemplo quod habet Plinius *lib. x. epist. 66.* & Suetonius in *Claudius c. 15.*

Præterea monendum est, ita moris fuisse, ut actor, si vellet jure judicioque experiri die postulationis sicut actionem, sic Judicem, Arbitrumve, à Prætoris in jure postularet, & Prætor ei quam actionem, tam Judicem, Arbitrumve, daret, nec tamen semper unus & petebatur & dabatur, sed aliquando plures. nam & plurium mentio *l. 12. & l. 76. D. de judiciis. l. 36. l. 37. l. 38. & l. 39. D. de re judicata.* Sive autem unus daretur, sive plures; quia ante quam darentur, ultro non erant Judices; & cum darentur, necessaria non erat eorum præsentia vel scientia *l. 9. D. de judiciis*, quippe cum inviti Judices esse cogerentur : idcirco Plinio *repente apprehensi dicuntur lib. 2. Epist. 20.* Verba Plinii. *Ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus.* Neque vero ita obtinebat, ut daturus Judicem Judicesve Prætor, de medio quem quosve vellet, pro arbitrio suo apprehenderet; (quamquam tale exemplum in castris & de militari præmio, apud Livium *lib. 26. c. 48.*) sed ut ex Selectis atque ex Albo Judicem, Judicesve daret. Ne testimonio resegeret, adduxi A. Gellium, *lib. 14. Noct. Attic. c. 2.* qui ita se, quo primum tempore à Prætoribus lectus in Judicem esset, à Prætoris esse datum; meminit. Nec minus clare Seneca *lib. 3. De Benefic. c. 7. De quibusdam*, inquit, *etiam imperitus judex dimittere tabellam potest, ubi fecisse, aut non fecisse pronuntiandum est, ubi prolatis cautionibus controversia tollitur. Ubi vero inter disputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda est, ubi id de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex ordine Selectorum, quem census in album & equestris hereditas misit.* Quin amplius, Prætor Judicem nec ex Selectis quemquam, nisi forte, ac ne sicquidem, nisi (ut ut Cicero loquitur *Pro Cluentio*) inter adversarios convenisset, dare poterat. Ita Judex forte ex decuriis dabatur; at ut litigantibus jus esset, suspectum rejicere, & alium petere. Rem & formulam ostendit Plinius, *Panegyric. c. 36.* verbis Sequentibus. *Sors & urna fisco judicem assignat, licet rejicere, licet exclamare, hunc nolo, timidus est, & bona seculi parum intelligit : illum volo, quia Casarem fortiter amat.* Sed non tantum forte dabatur Judex; verum & litigatorum consensu. Auctor Pomponius *l. 8. D. de judiciis*, & Papinianus *l. 23. D. de appellationibus*, dum pro cir-

ca apud Papinianum legatur *citra* : quomodo habent manuscripti libri. Hoc vero casu utrum tantum ex albo atque ex Selectis eligeretur Judex, an etiam de medio populi, non pro certo dixerim : etsi posterius mihi non improbabile videatur, ob litigantium consensum manifestum : modo ne is qui ex consensu peteretur, Judex lege, natura, aut moribus, dari impediretur : tales enim Judices dare posse, Paulus negat *l. 12. §. 2. D. de judiciis.* Cæterum non, ut sorte ductus Judex recte poterat recusari, ita electus partium consensu. Clare Plinius *lib. 1. Natur. histor. Prefat.* Verba Plinii compluscula sunt; sed quia videntur ad omnia quæ præcedunt, alludere, ipsaque commode exprimere, adscribam. Verba Plinii. *Quid te judicem facis? cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te sciebam quam ut descensurum hunc putarem. Præterea est quadam publica etiam eruditorum rejectio. Utitur illa & M. Tullius, extra omnem ingenii aleam positus, & (quod miremur) per advocatum defenditur. Hæc doctissimum Persium legere nolo, Lælium Decimum volo. Quod si hoc Lucilius, qui primus condidit styli nasum, dicendum sibi putavit : si Cicero mutuandum (forte melius legatur, metuendum,) præsertim cum de re publica scriberet : quanto nos causatus ab aliquo judice diffidimus? Sed hæc ego mihi nunc patrocina ademi nuncupatione, quoniam plurimum interest, sortiatur aliquis judicem, an eligat.*

Jam, si conveniret Judex, Prætor cum litigantibus addicebat *l. 39. 46. & 80. D. de judiciis*: hac formula quam nobis Cicero in *Verrem lib. 2. c. 12.* suppeditat, *Lucius Octavius judex esto.* At quid? ut judicario fungeretur munere *l. 5. C. eod. tit. id est*, ut causam ipse cognosceret; & hac cognita pronuntiaret, ac, si cessaret, à Prætoris cogeretur pronuntiare *l. 74. D. de judiciis*, denique condemnare reum, aut absolvere, aut certe jurare, Sibi non liquere : his enim modis & officio fungi, & judicatu solvi videbatur : ut Ulpianus auctor est libro *51. Ad Sabinum, in l. 55. D. de re judicata*, & A. Gellius, *d. lib. 14. Noctium Atticarum c. 2.* etiam Paulus *l. 36. D. de re judicata.* Adeo apparet, eum non habuisse jurisdictionem, sed nudam & solam notionem *l. 5. D. de re judicata*; & recte esse rescriptum a Divo Pio, Magistratus ut Judicem a sedatorum vel arbitrorum sententiam exequerentur hi qui eos dedissent *l. 15. D. eod. tit.* Sed plenius exequenda res est. cum Judicem daret Magistratus, non eum simpliciter addicebat : sed simul omne judicium constituebat, posita formula qua actori ac reo quidem litigandi, Judici vero cognoscendi judicandique, potestatem finemque faciebat. In ea formula fuit, *Si paret*, ut vulgo notum est, item *condemna*, ut Ulpianus indicat *l. 37. D. de regulis juris* quæ est excerpta ex libro ejus *51. ad Sabinum* quo eum Judicis formulæque dationem exposuisse, ex Fragmentis quæ supersunt, satis constat. ait autem, *Neminem, qui condemnare potest, absolvere non posse* : significans, judicem, cum in formula jussus est, reum, si paret, condemnare, etsi non sit jussus absolvere; tamen, si non paret, absolvere posse. quod & confirmatur *l. 3. D. de re judicata* Igitur Prætor, si inter litigantes conveniret Judex, non tantum his addicebat eum, sed, ut dixi, omnem præterea judicii conceptionem formulamque constituebat : nempe, ut hisce, etiam ut illi, sibiulam imponere, non infinitam licentiam permittere, videretur. Hoc enim Cicero innuit, *De inventionem lib. 2. In jure*, inquit, *plerumque exceptiones postulari, & quodammodo agendi potestatem dari, &*

omnem

omnem conceptionem privatorum judiciorum constitui. Paulus quoque huc respicit *l. 23. D. de judicis* ; cum scribit ; *Non posse videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accedisset, ideoque alia interpellatione opus esse.* Vult enim , iudicium quod est acceptum inter actorem & reum , tantum pertinere ad litem quæ fuit tempore iudicii a Prætoris constituti ; non ad hanc quoque quæ post supervenit : posse igitur Judicem cognoscere de illa in qua datus est ; de hac non posse in qua datus non est ; sed de ea nova interpellatione & adeo novo iudicio, novoque Judice, opus esse. Is Pauli verus sensus est, quamquam ab aliis alius adfertur ; exemplumque ejus elegans in *l. 14. §. ult. D. de aqua & aqua pluvie arcenda actione.*

At quemadmodum Judex neque ante habuit notionem , quam ei data esset , neque , postquam data esset , eam ultra habuit , quam formula pateretur : ita verum est, eum non aliter habuisse, quam eadem formula permetteret : ut egregie docet Cicero , in *Verrem lib. 2. c. 12.* eratque ei rei consequens ; ut, si aliter egisset actor, quam eum agere oporteret, impetrat a actione, causa caderet : quia verum erat , lite contestata & Judicem cogi judicare, neque à formula recedere posse , & hac reum non teneri Jure Civili. Hoc, ne longe eam testatur Cicero *lib. 1. De oratore* ; cum, inquit, *alter plus lege agendo petebat , quam quantum lex in XII. tabulis permiserat : quod cum impetrasset , causa caderet : alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod esset in actione : neque intelligebat , si ita esset actum , litem adversarium perditurum.* Atque id adeo verum erat, ut edita actio, etsi ante litem contestatam actoris arbitrio & mutari & emendari posset ; ab eo tamen post litem contestatam neque mutari, neque emendari posset ; neque ejus sponte , neque officio Judicis ; sed demum impetrata in integrum restitutione à Prætoris causa cognita : tum enim quin & emendari & mutari potuerit actio, etiam post litem contestatam, dubium non est : idque videtur velle *l. 3. C. de edendo* ; si cum *l. unic. C. de litis contestatione* , cujus pars est, ut ex utriusque cum tenore, tum Inscriptione & Subscriptione, intelligitur, ita jungatur.

Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam & editam actionem permultum interest. Litem enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. Editam actio speciem futurae litis demonstrat : quam emendari vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas.

Imperatores , Severus & Antoninus, à Valente consulti de jure mandatæ aut emendandæ actionis editæ, produnt differentiam inter litem contestatam & editam actionem. quem in finem ? ut ostendant , actori ante litem contestatam ex Edicto perpetuo concedi editæ actionis & emendationem & mutationem ; post contestatam vero litem ei neutram concedi auctoritate generalis Edicti ; sed ex speciali Prætoris decreto, impetrata in integrum restitutione. Et recte : quia enim lite contestata videtur quasi contractum inter actorem & reum ; non facile dabit actori concedi ab ea recedere sine consensu rei, cui jus quæsitum est : aliter ac fit, cum actio tantum edita, id est, cum reo tantum speciem futurae litis ante iudicium est demonstrata, res autem in iudicium deducta non est *d. l. 3. d. l.*

unic. neque de ea quasi contractum videtur : denique , cum nihil causæ est, cur minus actor possit ab edita actione recedere , quam reus deliberare, utrum cedere malit, an ultra contendere. Si tamen apparet evidens æquitas emendandæ aut mutandæ actionis ; indulgenda auctori etiam post litem contestatam erit ejus & emendatio & mutatio : id enim intelligitur ex *l. 4. §. fin. D. de noxalibus actionibus l. 84. §. 5. in fin. D. de legatis lib. 1. l. 18 §. 1. D. de vi & vi armata.* idemque Cicero probat *Pro Cæcina.* Verba Ciceronis. *At si quis mihi hoc judex, recuperatorve dicat, potuisti enim leviori actione confingere, potuisti ad tuum jus faciliore, & commodiore iudicio pervenire, quare aut muta actionem, aut noli mihi instare, ut judicem, tamen is aut timidior videatur, quam fortis, aut cupidior, quam sapiens judicem esse æquum est, si aut mihi præscribat, quemadmodum meum jus persequar, aut ipse id, quod ad se delatum sit, non audeat judicare.* Etenim si Prætor is, qui iudicia dat, nunquam petitori præstituit, qua actione illum uti velit. videte quam iniquum sit constituta jam re, iudicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non quod actum sit, querere. Verumtamen nimia vestra benignitas pareremus, si alia ratione jus nostrum recuperare possemus. Ita est : si evidens est æquitas emendandæ aut mutandæ actionis, etiam post litem contestatam indulgetur ejus & emendatio & mutatio : sed non simpliciter, nec sponte : non enim potest actor post litem contestatam, invito reo, ab instituta actione desistere, & instantiæ renunciare sine permisso Prætoris : & , ut maxime renuntiet liti, tamen & reo manet jus urgendi sententiam vi litis contestatæ, per quam inter eum actoremque quasi contractum videtur, & Judici incumbit adhuc necessitas ferendi sententiam *l. 74. D. de iudiciis* : quia ante non est functus officio suo. Quid ergo est ? si evidens sit utilitas mutationis aut emendationis : puto, actori eam concedi, etiam post litem contestatam ; sed non sponte, nec suo jure ; sed, (ut Severus & Antoninus loquuntur in *d. l. 3.*) *Si jus reddentis decernit æquitas* : hoc est, impetrata à Prætoris in integrum restitutione causa cognita. cuius & Seneca meminit *epist. 41.* sic scribens. *Per istud philosophia sunt nigra & turpes infamesque etiam ad album sedentibus exceptiones. Quid enim aliud agitis, cum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cedere videatur ? sed quemadmodum illum Prætor, sic hos philosophia in integrum restituit.* Sic Seneca. Justinianus quoque *§. 33. Inst. de actionibus.* Verba Justiniani. *Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, a causa cadebat : nec facile in integrum restituebatur à Prætoris, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat. ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur, veluti &c.*

Ex his apparet, Selectum Judicem, ut notionem accipiat qua in causa, litigatoribus à Prætoris esse addicendum : neque ante, quam his adductus sit, aut notionem habere, aut Judicem esse : imo, si quibus datus sit qua in causa, ne in illa quidem, in qua sit datus, posse aut aliter judicare, aut ultra, quam iustus est : adeo neque absolvere, neque condemnare, nisi Prætoris permisso. Atque hoc verum est, si non inter litigatores aliter sit conventum post litem contestatam : nam tum æquum est, Judicem includi formulæ, quam

ei præscripsit Prætor, & de qua lite contestata quasi contractum est. At si inter consentientes cognoscat Judex, alia post sequuta pactione, dicendum est, ea informari formulam, ac fingi, velut tacita Prætoris voluntate, neque inde Judicem regi eo quod Prætor jussit judicari, sed quod litigatores sequuta conventionione complexi sunt: propterea quod Prætori negotium est, per Judicem dirimere eorum litem qui ea gratia ad eum in jus veniunt: qui si ab ea sponte recedunt opera dati Judicis, neque injuria fit Prætori, (nam obtinet hoc quod agit) & contra accipit causam, cur perinde ratam habeat hanc sententiam, ac si ex formula judicatum esset. id sane Ulpianus vult l. 26. *D. de re judicata*; cum, Si, inquit, *convenierit inter litigatores, quid pronuntietur, non abs re fore, judicem hujusmodi sententiam proferre.* Inde quæsitum est, si Judex jussus sit, judicare usque ad certam summam, an de re majore judicare possit. Et non puto, posse sine litigatorum conventionione: quia illum Prætor inclusit certis terminis, neque voluit exspatiari ultra. Quid, si convenit inter litigatores, ut de majore quoque re judicet? ait Julianus, etiam de re majore judicaturum l. 74. §. 1. *D. de judiciis*. Nam & si Judex notionem acceperit a Prætoris usque ad certum tempus: tamen si placeat inter litigatores & Judicem, ut eam ulterius habeat, perduraturam, Ulpianus ait l. 2. §. 2. *D. de judiciis*: quia Prætor, cum formulæ inserit certum tempus, intendit ad utilitatem litigatorum ac Judicis qui si ei renuntiant privata conventionione, jure facere videntur; si quidem æquum est, volentes uti Prætoris beneficio, nolentes non cogi uti. Sed id obtinet, nisi specialiter Principali jussione inhibeatur prorogatio: ut Ulpianus loquitur l. 2. §. 2. *D. de judiciis*, vel, si mavis, Tribonianus: a quo inserta illi loco est hæc clausula ex l. 13. *C. de judiciis*: pariter ut in l. 32. *D. eod. tit.* ex eadem l. 13 inserta est finalis clausula.

Igitur Prætor Judicem litigatoribus in jure addicebat; simul litem formulamque concipiebat; & hac agendi judicandique fines ponebat. id maxime in judiciis stricti juris: nam in bonæ fidei judiciis aliquanto laxior erat potestas Judicis §. 30. *Inst. de actionibus*: non aliam ob causam, quam quia in his Prætor formulæ addebat clausulam, *Ex bona fide*, similemve, in illis talem ei clausulam non addebat: neque igitur mirum, si Judex, cum ad eum ventum esset, in ista specie formulæ & legum subtilitati servire, atque intra eam consistere; in illa ex bono & æquo, non etiam ex subtili jure & legum severitate, judicare cogeretur. Sed hoc Cicero ostendit *Pro Roscio Comædo*. Verba Ciceronis. *Pecunia tibi debebatur certa, qua nunc petitur per Judicem, in qua legitima partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti: propterea quod aliud est Judicium, aliud est arbitrium. Judicium est pecunia certa, arbitrium incerta. ad Judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in Judicio? Directum, asperum, simplex. Si peteret HS 1000 dari, hic nisi planum facit HS 1000 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum, quanto æquius melius id dari.* Hoc Cicero: idem vel simile Seneca. *De beneficiis* lib. 3. c. 3. *Quæcunque, inquit, in cognitionem cadunt, comprehendi possunt, & non dare infinitam licentiam Judici. Ideo melior videtur conditio causa bonæ, si ad Judicem, quam si ad arbitrium mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos*

Noode Operum Tomus I.

ponit, hujus libera & nullis adstricta vinculis religio, & detrabere aliquid potest, & adjicere, & sententiam suam non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere. Huc utque Seneca.

Ex quo differentia utriusque formulæ clara & certa, & effectus item clari & certi. Nec tamen assentior Francisco Connano lib. 5. *Comment. jur. Civil. c. 5. n. 2* aliisque Doctissimis Viris; existimantibus, deberi naturæ differentięque formularum quæ a Prætoris dantur in judiciis bonæ fidei & stricti juris, quod usuræ in bonæ fidei judiciis ex mora præstantur officio Judicis; in stricti juris judiciis ex mora officio Judicis non præstantur. imo mihi persuadeo, usuras ex vetere horum judiciorum usu non magis in bonæ fidei, quam in stricti juris, judiciis officio Judicis ex mora obtinuisse: primum quætentasse aliquid Antistium Labeonem: non quidem in omnibus bonæ fidei Judiciis; sed in una pro socio actione: nec ibi alias, quam sub colore ejus quod interest. cæterum quod is subverecunde, & dumtaxat adhibito colore, atque in una illa pro socio actione, inchoavit, deinde Divum Pium in omnibus bonæ fidei judiciis, itemque legatis & fideicommissis, palam constituisse. Sed hoc, etsi dignissimum observatu, & hætenus intactum aliis, tamen quia diligenter exposui *De Fœnore & Usuris* lib. 3. c. 6. & seq. hic, ne actum agam, ulterius non exequar.

Potius de exceptione pauca subjiciam. est enim vel circa eam egregius, & qui sit magni usus, effectus distinctionis judiciorum bonæ fidei & stricti juris. Ecce, actor postulabat sibi a Prætoris actionem & Judicem dari & ei puram præscribi formulam; scilicet, *Si paret, reum dare facere oportere, condemnari.* contra postulabat reus, formulæ addi exceptionem, nempe, *Extra quam si pactum conventum, aut dolus malus, aut simile, intervenierit.* Eam exceptionem si formulæ infereret Prætor: tum deinde poterat reus eam in judicio post litem contestatam, ubi actor intentionem suam probaverat testibus aut instrumentis, Judici probare; & Judex poterat eam admittere: sin ea in jure omiſſa, aut petita, non impetrata, esset; deinde probata in judicio actoris intentione, frustra apud Judicem objiciebatur: eo quod ei formula finem posuerat; & æquitas quæ extra actionem extraque formulam erat, ei parum commissa credebatur. ita reus, quia liquebat, eum teneri ex regulis juris, quamquam ini- que, tamen a Judice sine ulla religione, condemnabatur. Hoc in judiciis stricti juris: in his autem quæ erant bonæ fidei, nihil attinebat, exceptionem in jure a Prætoris nominatim impetrari: nam etsi in formula omiſſa esset a Prætoris, in judicio supplebatur officio Judicis, cujus jam arbitrium liberum & vinculis solutum videbatur. ita exceptio in judiciis stricti juris Prætoris facto, in reliquis ipso jure, nitetur: & si pactum aut dolus intervenisset, in judiciis stricti juris actio quidem nata dicebatur, sed exceptione infirmari l. 36. *D. de verborum obligationibus*: sin ea in judiciis bonæ fidei apparerent, agi non poterat: sic enim Paulus loquitur l. 3. *D. de rescindenda venditione*: puto, quia his exceptiones inesse, vel ut Paulus ait lib. 38. *D. de hereditatis petitione*, officio Judicis contineri videbantur: id est, ut ipse indicat, etsi in jure omiſſæ essent, tamen in judicio opponi, & vel Prætoris injussu admitti poterant. quid multa? Paulus lib. 3. *D. de rescindenda venditione* ait, exceptiones quæ actionibus bonæ fidei insunt, actiones ipso jure tollere:

I

ipsum.

ipsumque Ulpianus firmat *l. 16. §. 1. D. de minoribus*, amplius idem Ulpianus eas Prætoris factæ *d. §. 1. lib. 16. Paulus d. l. 3. exceptionibus* opponit: quasi exceptiones non sint quæ actione continentur, & in iudicio, etsi apud Prætorem contestatæ non sint, adhuc Iudicis officio suppleantur. Sed quemadmodum verba hæc, *ipso jure nullam esse, & per exceptionem tolli*, invicem opponuntur sibi *l. 28. D. de actionibus empti & venditi, & l. 27. D. de*

regulis juris: ita illa, *per exceptionem, & officio iudicis*, sibi committuntur *l. 11. D. de noxalibus actionibus, d. l. 38. D. de hereditatis petitione, & l. 3. §. ultim. D. Nautæ caupones stabularii*: ista quoque, *per exceptionem tolli, & iudicio inesse exceptionem d. lib. 3. D. de rescindenda venditione, l. 21. D. Solutio matrimonio, & l. 84. §. 5.*

D. de legatis libro 1.

CAPUT XIV.

Ulpianus l. 7. D. de dolo malo emendatus.

HÆc, & quæ his consequentia sunt, minus obfervavit Ulpiani Vetus Interpres cujus manus, nisi me fallit conjectura, extat in *l. 7. D. de dolo malo*, nondum, quod sciam, animadversa: etsi turbet Ulpiani locum, alioquin elegantem & planum, ea causa integrum adscribam, uti corrigam, & Studiosos Juris molestia liberem. is locus sic habet.

Et eleganter Pomponius hæc verba, Si alia actio non sit, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententia adversari, quod Julianus lib. 4. scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. & quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

Ita est in plerisque exemplaribus; quibus & Basilica assentiuntur *lib. 10. tit. 3.* Corrigo tamen. *Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.* Ejeci verba ista, *Aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*: quia quantum mea fert opinio, alicujus Interpretis sunt, Ulpiani certe non sunt. Interpretabatur Ulpianus Edicti de dolo malo verba, *Si alia actio non erit, iudicium dabo.* Ea vero verba sic accipiebat: Si ea res alio modo ei ad quem pertinet, salva esse non poterit. huic interpretationi adversari videbatur, quod Julianus scribit, Si minor servum, ejus consilio circumscriptus, vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. nam inde poterat colligi, Julianum velle, dandam venditori, etiam cum res aliter salva esse potest, de dolo actionem esse. quamobrem? quia emptor, apud Julianum, aut est doli particeps, aut dolo caret: & si doli particeps est, datur venditori utilis venditi actio adversus emptorem. ad quid? ut aut emptioni stetur, aut ut emptio resolvatur; & adeo servus, pretio emptori restituto, venditori contra restituatur, denique, si id fieri nequeat hoc in casu, propter subsecutam manumissionem, in id quod venditoris interfuit, non manumitti servum. Hoc, si emptor doli particeps est: si a dolo caret, venditor ætate læsus est; Jure Prætorio ei in integrum restitutio indulgetur. Utcumque igitur erit in Juliani exemplo: datur venditori de dolo actio, etsi potest ei res aliter salva esse, quam

actione de dolo: quia datur venditori utilis venditi actio, si emptoris dolo arguitur; aut in integrum restitutio, si non arguitur dolo ejus: & tamen a Juliano de dolo actio conceditur. Exposui duplicem difficultatem. Dicam, quid utrique reponat Ulpianus. prior difficultas est: quod, si emptoris dolo intervenit, datur venditori utilis venditi actio adversus emptorem: habet igitur locum de dolo actio ex Juliani sententia, cum res alio modo ei ad quem pertinet, salva esse poterit: aliter atque Ulpianus interpretatus est. Hæc prior difficultas: sed respondet Ulpianus, non videri Julianum sensisse de casu quo emptor est dolo proximus; sed de casu quo emptor dolo vacat: & actionem ex vendito venditori quidem de dolo dari adversus emptorem, cum is dolum commisit; sed non æque, si a dolo alienus proponitur. igitur Julianum non dedisse actionem de dolo, cum res potest venditori aliter salva esse. Sublata est prior difficultas. Quæ altera? quod venditor, si & minor est, & ætate lapsus, ut in proposita specie, etiam cum valet contractus, in integrum restitutione adjuvatur: datur igitur a Juliano de dolo actio, ubi res aliter salva esse potest. Sed animadvertēbat Ulpianus, etiam id frustra colligi: quia idem servus qui a minore venditus est, apud Julianum ab emptore manumissus proponitur: adversus manumissum autem nulla in integrum restitutio locum habet. non igitur potest ibi minori, eidemque venditori, cui neque in integrum restitutio, neque utilis actio, competit, res aliter salva esse, quam actione de dolo. Hic Ulpiani sensus est *d. l. 7.* atque hunc ipse (non enim possum uti magis idoneo aut auctore aut interprete) in *l. 9. §. ult. & l. 11. D. de minoribus* plane exprimit sequentibus verbis.

Adversus libertatem quoque minori a Prætorē subveniri impossibile est. verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id, quod minoris interfuit, non manumitti. & reliqua.

Cum ait Ulpianus, minori de dolo actionem dari; tum verum est, si intervenit dolo non emptoris, verbi gratia, sed manumissi servi: cum vero inquit, *Vel utilem actionem fore in id quod minoris interfuit, non manumitti*; tum placet, cum ipsius emptoris dolo intervenisse dicitur. quod emendationi meæ convenit. Proinde apparet, *d. l. 7.* verba, *aut nullam venditionem esse, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*, non dicam vacare, sed rationem disputationis alioquin elegantem interpellare. Ea tamen adscripsit Interpres, quisquis is fuit: quia videbat, ubi emptoris dolo arguitur, venditori ex vendito actionem dari hæcenus, ut contractui stetur: videbat quoque, dolum

lum qui sit in bonæ fidei contractu admissus, eum contractum, si id malit venditor, ipso jure dissolvere; utrumque vero actionis venditi esse, non videbat; itaque Ulpiano importunam interpretationem adjecit. Quamquam æque ineptus fuit qui hanc e margine in contextum transtulit; &, cum scripsisset Ulpianus, (*Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit. Et quod minor. Et c.*) his stulte inferuit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Id enim idem valet, ac si esset, Aut, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus sit venditor, nullam esse venditionem; eoque sic eam accipi, quasi omni prorsus careat effectu, non adversus venditorem tantum qui ab emptore deceptus est dolo malo, sed adversus emptorem quoque qui venditorem dolo decepit; & ideo illo in casu, quia alia actio non est, necessariam esse de dolo actionem. At non ita est; neque hoc Veterum quisquam in judicio bonæ fidei aut sensit, aut dixit: contra voluerunt illi, exceptionem doli mali, agente emptore, propter clausulam, Ex bona fide, inesse ex empto actioni,

ibique officio Judicis contineri; venditore vero agente, actionem de dolo malo similiter inesse actioni ex vendito vi ejusdem clausulæ, denique, venditori agenti ad emptionis solutionem, & rei traditæ restitutionem, aut etiam aliter ad id quod interest, ex vendito actionem utilem Jure Civili suppetere; neque necessariam esse Prætoriam de dolo malo actionem. Plane ita censeo, ac ne Ulpiano error accessisse videatur, ad oram libri esse remittenda illa, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Quod notandum est: in primis, quia id vitium, non animadversum, fraudi fuit eruditis hominibus: existimantibus, dolum qui detegitur in contractu bonæ fidei, si dederit causam contractui, eum ipso jure nullum facere; sin inciderit in contractum bonæ fidei, contra dicendum esse. Quod mihi non placet: &, volente Deo, latius exequar libro, De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi. nunc attigisse sufficit, & velut digito indicasse.

* *

CAPUT XV.

De litis contestatione & effectu ejus. Judex quomodo cognoscat, & ubi? Imperator Alexander restitutus l. 10. pr. & §. 1. C. de fidejussoribus & mandatoribus: & responsum his quæ contra moventur.

AD hunc modum ordinata lite, tandem subsecuta fuit ejus contestatio: quam Justinianus ait fieri post narrationem propositam & contradictionem objectam l. 14. §. 1. C. de judiciis. Quemadmodum autem facta sit, docet Festus in verbo, contestari: sic inquires, Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet, testes estote. Sed plane rem designant Severus & Antoninus l. unic. C. de litis contestatione: cum scribunt, litem contestatam videri tunc, cum Judex (Prætorum sic appellant Imperatores) ex narratione actoris & contradictione rei cœpit causam audire. Quia autem postulante actore, & contradicente reo, a Prætoris constituebatur, sive dabatur, judicium; id est, decernebatur, in id quod intenderetur & exciperetur, probationes ab actore & reo adferri apud Judicem; ab eoque pronuntiari causa cognita; eamque in rem testes adhibebantur; inde factum fuit, ut per litis contestationem diceretur quasi contrahi l. 3. §. xi. D. de pecunia, item celebrari non postulatio simplex, sed peti & postulari cum effectu: etsi res plerumque in judicium dilaberetur, ibique & concertaretur demum, & dijudicaretur: præterea inde factum fuit, ut a lite contestata diceretur res in judicium deduci, & incipere judicium: postremo, ut hæc, ante judicium susceptum, & ante litem contestatam, item, post litem contestatam, & post judicium acceptum, vel susceptum, idem valerent in l. unic. C. de litis contestatione, l. 15. D. Ratam rem haberi, l. 25. §. 7. & l. 40. D. de hereditatis petitione, apud Ciceronem quoque, Partitionibus c. 28. cujus verba, quamquam complura sint, tamen quia digna videntur hoc loco, apposui. Verba Ciceronis. Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum aut, si ne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quaritur: quæ etiam si ante, quam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt: tamen in

ipsis judiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: plus petiisti: sero petiisti: non fuit tua petitio: non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc judicio. Et post. Quare de constituendis actionibus, accipiendis, subeundisque judiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere ejus generis sunt, ut, quamquam in ipsum judicium saepe dilabuntur, tamen ante judicium tractanda videantur, paululum ea separo a judiciis, tempore magis agendi, quam dissimilitudine generis.

Igitur lite contestata & constituto judicio, res a Prætoris transibat ad Judicem: isque eam dein cognoscebat. ubi? eo in loco quem Prætor in jubendo judicare comprehendit; aut in eo quo solet judicari sine incommodo litigantium l. 59. D. de judiciis: qualia loca a Modestino Loca judiciorum appellantur l. 6. §. 2. D. de excusationibus. Cognoscebat autem Judex cum amicis quos rogaverat in consilium cumque his sedebat in subselliis: ut intelligitur ex Gellio lib. 14. c. 2. & inde pedaneus Judex appellatur in tit. C. de pedaneis judicibus: quod est commune nomen omnium qui cognoscunt alias, quam pro tribunali.

Habes ordinem privatorum judiciorum qui indigitatur ab Imperatore Alexandro in l. 10. C. de fidejussoribus & mandatoribus.

Fidejussor, seu mandator, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi easolvere non habet. §. 1. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Ita omnes codices; sed mendum subest duobus locis corrigo & scribo.

Fidejussor, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi easolvere non habet. §. 1. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante litis contestationem ex ordine postulari solet.

Sic coniecti *lib. 2. Probabilium Juris Civilis c. 1.*

Sed conjectura displicet viro cuidam erudito & præclaro : existimanti, textum *d. l. 10.* prout editur, cum aliis locis in Codice Justiniani eximie consentire : sic enim scribit. Sed, quod ejus pace dicam, parum probabili ratione : ubi fatetur, eum textum non consentire temporibus Imperatoris Alexandri de quibus quæritur in *d. l. 10.* sed temporibus posteriorum Imperatorum de quibus in *d. l. 10.* quæ est Alexandri, non agitur. imo quod attinet ad Alexandri tempora ; fatetur, veram esse meam sententiam, neque illis Alexandri scripturam, prout vulgo editur, convenire : cum tamen id esset quod ego in *d. l. 10.* mihi demonstrandum sumpseram, & cur receptam Alexandri lectionem emendandam esse, arbitrarer. Sed ubi fatetur vir ille eruditus, quærentibus auctoris mentem, esse falsam *d. l. 10.* scripturam ; idemque negat, eam ullius egere emendationis, quia cum cæteris locis optime consentit : vereor, ne manifeste sibi contradicat. Nisi placet, mutationem (si quæ facta sit in *d. l. 10.*) esse Triboniani : id enim mavult. Sed sive Triboniani sit, sive cujusquam alterius, tamen, si Alexandri non sit, non infirmat vim sententiæ meæ : qui dixi : vulgatam scripturam disciplinæ seculi Alexandri non respondere : & ideo in principio legis delenda esse verba, seu mandator & in §. 1. pro condemnationem Alexandrum scripsisse, contestationem, vel litis contestationem. At Tribonianus Alexandri verba sequentis usus temporis accommodavit, atque id si quis conjiciendum arbitretur, non intercedit vir eruditus. Si tamen hoc ei largirer ; nihilominus verum foret quod ante dixi, verba, seu mandator, non esse Alexandri in *pr. d. l. 10.* item in §. 1. eum non, ante condemnationem, scripsisse, sed ante contestationem, vel, ante litis contestationem. Quamquam, ut quod res est, dicam, non placet, quod refertur de sequentium temporum usu ad quem inflexa a Triboniano sint Alexandri verba : nam is usus neque liquet ullo Juris Justiniani loco, neque magis sequentium temporum fuit, quam præcedentium.

Scio, contradici, sublati Jure novo formulis, & Judicibus datis, a Diocletiano & Maximiano *l. 2. C. de pedaneis judicibus*, simul sublatum esse quod feci discrimen actionum bonæ fidei & stricti juris : idque intelligi inde, quod *l. 8. & 9. C. de exceptionibus*, & aliæ de contestatione loquentes, non distinguunt inter judicia bonæ fidei & stricti juris : tantum docent, reum non cogi, suas exceptiones statim prosequi, sed ei sufficere simplicem earum contestationem in principio : tum posse expectare, donec actor jus suum probaverit. quin amplius dici, in *l. 9. C. de præscriptione longi temporis* idem diserte observari in emptione & venditione quæ est maxime bonæ fidei, ac vel eo liquere exemplo, nullum esse hac in parte discrimen actionum bonæ fidei & stricti juris ; sed in utroque genere exceptionum contestationem ab initio peræque & desiderari & sufficere : idque indicari prioribus verbis *d. l. 10. C. de fidejussoribus*, quæ sunt, *Fidejussor, seu mandator*, & his posterioribus, *Ante condemnationem ex ordine postulari solet* : itaque eum textum cum cæteris optime convenire, nec ullius egere emendationis, ut nunc est.

Sic ille : sed quam recte, videamus. Ait, sublatos novo Jure esse Judices datos, etiam formulas, & differentiam judiciorum bonæ fidei & stricti juris, factumque id omne esse a Diocletiano & Maximiano *l. 2. C. de pedaneis judicibus*. At ea in lege non fit

mentio formularum, neque judiciorum bonæ fidei, aut stricti juris. non igitur tolluntur ea formulæ, neque differentia actionum bonæ fidei & stricti juris : imo, ne in solidum quidem Judicum datio aboletur. Nam, ut de hac primum loquar, tantum jubentur Præsides, in causis in quibus ante solebant Judices dare, deinceps per se cognoscere, si non multitudine litium aut negotiorum impediatur : at si ea sit, tum Præsilibus Judicum datio non interdicatur : utique iis in causis in quibus ante obtinuit ; excepta causa ingeduitatis & libertinitatis. Hoc nescio an addam, quod Julianus de *l. 5. C. cod. tit.* Secundo, Præfecto prætorio, scripsit, esse humiliores causas in quibus superfluum sit, Moderatorem provinciæ expectare : ideoque se Præsilibus dare potestatem constituendi pedaneos Judices : hoc est, qui negotia humiliora disceptent ; atque indistincte, sive impediatur Præsides, sive non impediatur Præsides, Illud non omiserim, quod ipsi Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. ult. C. de in litem jurando* (quæ est posterior *d. l. 2.* scripta quippe 8. cal. Januarii ; cum *d. l. 2.* jam esset data 15. cal. Augusti ejusdem anni) manifeste, *Judicem datum*, inquit, *ferre sententiam convenit*. Hoc plus in *l. 3. C. si a non competente Judice judicatum esse dicatur* (quæ est anni 297. cum, ut dixi, *d. l. 2.* sit anni 294.) palam meminerunt *Judicis de proprietate dati a Rectore Provincia*. Imo post eos Imperatores adhuc Theodosius & Valentinianus, *l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione Judices dare darive possunt*, Cyro Præfecto prætorio, clare præcipiunt, *In causarum delegationibus illud observari, ut ita valeant, si ad jurisdictionem pertineant delegantis*. Dixi de Judicis datione. Porro quod ad formulas attinet, æque certa res est : siquidem earum impetratio non fuit à Diocletiano & Maximiano sublata in *d. l. 2. C. de pedaneis judicibus* ; sed demum a Theodosio & Valentiniano in *l. 2. C. de formulis & impetrationibus* : inter quam & *d. l. 2. C. de pedaneis judicibus* intercessit spatium majus, quam centum annorum, Quod si est ; constat, reo ante *d. l. 2. C. de formulis & impetrationibus* fuisse necessitatē exceptionis in judicio stricti juris in initio sive postulandæ sive contestandæ, etiam cum Præsides per se cognoscerent ex præscripto Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de pedaneis judicibus*. Quam ob rem ? quia ea nusquam legitur sublata ante Theodosium & Valentinianum in *d. l. 10. C. de formulis & impetrationibus*. Amplius, mansit ea & post hanc legem : quia per hanc tantum desinit necessitas impetrandæ actionis certæ & solemnæ ; si modo constaret, esse re aptam, & proposito negotio competentem. ita est : remittitur in ea lege actori necessitas impetrandæ actionis, seu certæ & solemnæ formulæ, in majore & minore judicio : actione autem instituta, id est postulata, sine expressione ejus formulæ, non remittitur reo necessitas exceptionis quibuscumque verbis aptis & idoneis initio sive postulandæ, sive opponendæ, sive contestandæ, in judicio stricti juris, sive hoc sit majus, sive sit minus. quo minus igitur reus & post *d. l. 2. C. de pedaneis judicibus*, & post *d. l. 2. C. de formulis & impetrationibus*, ea necessitate teneatur ex Edicto perpetuo, nihil impedit : nempe, ut Præsides audita intentione actoris & contradictione rei decernat, in id quod petitur & excipitur, probationes ab utroque adferri vel apud ipsum, vel apud Judicem ab eo datum. Quod si placet ; probatum est, esse sublatam solemnem formulæ impetrationem ; sed

sed rem sublatam non esse. Æque certum est, vixisse differentiam judiciorum bonæ fidei & stricti juris post *d. l. 2. C. de pedaneis judicibus*. nam ejus mentio fit a Justiniano in Pandectis & Codice, non dicam, sæpe, sed passim, & stulte, si illa differentia ejus ætate inanis & supervacua fuisset. Quid? quod idem Imperator §. 28. 29. & 30. *Inst. de actionibus* non modo confirmat eam actionum distinctionem: sed & quasdam facit actiones bonæ fidei, quæ ante aut non fuerant tales, aut fuerant ambiguæ: id vero cui facturus videtur, nisi jam tum usum habuisset?

Nil juvat virum eximium, quod ait, a Diocletiano & Maximiano in *l. 8. §. 9. C. de exceptionibus*, aliisque locis, de exceptionum contestatione loquentibus, non distingui inter judicia bonæ fidei & stricti juris; sed tantum doceri, reum non cogi, suas exceptiones statim prosequi. Nam his in locis proprie non sunt leges Diocletiani & Maximiani; quibus aut novum aut generale jus definiatur: magis sunt eorum Rescripta ad factum certum; in quo tantum fuit de judiciis stricti juris, non etiam de judiciis bonæ fidei, quæsitum: neque igitur potest ex illis fieri argumentum ad abolitionem judiciorum bonæ fidei: de quibus ibi neque consulti fuere Imperatores, neque responderunt. Atque hoc extra omnem dubitationem est: postquam ipsi Imperatores, Diocletianus & Maximianus *lib. 2. C. Sententiam rescindi non posse* clare scribunt, *Peremptorias exceptiones omittas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarare*. Quid enim aliud indicant illis verbis Imperatores, quam se ex antiquo Jure, quantum ad exceptiones in judiciis bonæ fidei aut stricti juris opponendas attinet, nihil immutasse: sed velle, eam rem definiri ex auctoritate Edicti perpetui, quo judicia bonæ fidei a stricti juris judiciis erant distincta? Quod si est; opinor, eos Imperatores idem agere in *d. l. 8. §. 9.* neque his aliud argui, quam reum, volentem se in judicio stricti juris tueri exceptione, teneri Edicto perpetuo, eam in initio opponere, id est, postulare & contestari: & si opposita ac contestata sit; tum posse ea post litem contestatam uti antiquo more: quo pleraque quæ apud Prætorem postulabantur, fere in judicium dilabebantur, ibique demum & concertabantur & dijudicabantur: ut ex Cicerone dixi initio hujus capituli. Ita prorsus est: tantum volunt Diocletianus & Maximianus, reum in judicio stricti juris debere exceptionem ante litem contestatam opponere & contestari: eoque facto, secundum eam posse absolutionem post litem contestatam postulare vel apud Præsidem, si ipse cognoscat, non impeditus multitudine litium

aut negotiorum, vel apud Judicem a Præside datum, si hic negotiorum aut litium multitudine cognoscere impediatur. Sic mihi videtur, & in *d. l. 8. §. 9.* non ideo non fieri mentionem judiciorum bonæ fidei, quia in hisce tum æque necessaria fuit exceptionum contestatio, atque in judiciis stricti juris; quæ est sententia eruditi viri: non enim potuit, ne quidem post *d. l. 2. C. de pedaneis judicibus*, ambigi, an in judiciis bonæ fidei deinceps contestanda esset exceptio ante litem contestatam: nam ea contestatio in his neque ante *l. 2.* initio fuit necessaria, quamquam tum vigente Judicum datione: neque post *d. l. 2.* fuit causa, cur deinde inciperet necessaria esse, Præsidibus in primis per se, non per datos Judices, cognoscentibus. imo e contrario magis potuit dubitari, an ea contestatio in judiciis stricti juris post *d. l. 2.* esset æque supervacua, atque in judiciis bonæ fidei; maxime Præsidibus jam per se judicantibus, non per datos Judices: qui erant alligati angustiis formularum, quibus non videbantur teneri Præsides. Sed placuit Imperatoribus, exceptionum contestationem in stricti juris judiciis in initio æque necessariam esse post *d. l. 2.* atque ante eam legem: non sublata distinctione judiciorum bonæ fidei & stricti juris, quam voluit servari ratio Edicti perpetui.

Nec ei resistit quod porro adfertur, Diocletianum & Maximianum in *l. 9. C. de præscriptione longi temporis* discrete meminisse emptionis quam certum sit bonæ fidei esse: & tamen dicere, etiam in ea necessariam in initio esse exceptionis contestationem, eaque facta, posse exceptionem opponi usque ad sententiam. Nam & hic fallitur vir præclarus: nihil enim minus dicunt Imperatores, quam in actione empti aut venditi esse necessariam exceptionis contestationem: cum non de hac illis sermo sit; sed de rei vindicatione: adversus quam a bonæ fidei possessore qui ibi bonæ fidei emptor appellatur, decennii præscriptio opponitur.

Quid ergo est? apparet, quod initio dixi, *d. lib. 10. C. de fidejussoribus*, quæ est Alexandri, neque consentire cæteris Codicis legibus, neque indigare ullam differentiam judiciorum bonæ fidei & stricti juris abrogationem: quippe cum verum sit, eam neque ante Justinianum contigisse: neque per eum. postremo apparet, nullam esse Triboniani manum non modo in postremis verbis §. 1. *d. l. 10.* sed ne in primis quidem illis, *sen mandator*: quæ non Triboniani, sed Glossatoris esse, eo verius dixi: quia illa Græci non adgnoscent *Basilic. lib. 26. tit. 1. tom. 4. pag. 112.* atque adeo probabile est, in vetustissimis exemplaribus non extitisse.

Explicit. Liber I. de Jurisdictione & Imperio.



GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DE
JURISDICTIONE
ET
IMPERIO
LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

De mandata jurisdictione & ejus origine: item quid sit mandare jurisdictionem?



Superiore libro Magistratus jurisdictionem per se exercuit: hoc per alium exercebit. nam uti jus est patrifamilias res suas administrandi vel per se, vel per alios quibus mandet earum administrationem: ita moribus placuit, jurisdictionem & a Magistratu exerceri, & ab eo aliis mandari, posse l. 1. §. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. l. 5. D. de jurisdictione, sive Magistratibus, sive privatis l. 3. §. l. ult. §. 1. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio. Mos autem ille a Regibus cœpit: ut pleraque quæ Magistratibus, propter vim imperii sui, competunt. Tacitum audi: qui lib. 6. Annal. c. xi. Antea, inquit, profectis domo Regibus, ac mox Magistratibus, ne urbs sine imperio foret, in tempus deligebatur qui jus redderet ac subitis mederetur. feruntque ab Romulo Dentrem Romulium, post ab Tullo Hostilio Numam Marcium, & ab Tarquinio Superbo Spuriū Lucretium impositos. dein Consules mandabant; duratque simulacrum, quotiens obferias Latinas præficitur qui consulare munus usurpet. Hæc Tacitus: addo, Livius lib. 1. c. 41. Verba Livii. Interim Servio Tullio (Regem Tarquiniū) jubere populum dicto audientem esse. Eum jurare dediturum, obiturumque alia Regis munia. Servius cum trabea & licioribus prodit; ac sede regia sedens alia decernit, de aliis consulturum se Regem esse simulat. Itaque per aliquot dies eum jam exspirasset Tarquinius, celata morte, per speciem alienæ fungendæ vicis, suas opes firmavit.

Igitur moribus comparatum est, ut jurisdictio non tantum a Magistratu exerceri, sed etiam alii mandari, possit. ejusque rei effectus est, ut is cui mandatur jurisdictio, ea non proprio jure fungatur, sed mandantis: quia non principaliter datur ei jurisdictio lege, sive more qui pro lege cedit l. 6. D. de jurisdictione: non etiam datur ei a Magistratu ita, ut ejus fiat (quod nec potest Magistratus: quippe cum Magistratum facere sit Populi aut Principis) at quia patitur mos receptus, deligi a Magistratu aliquem qui sustineat ejus partes: apparet, sive legem, sive morem, etsi non principaliter deferat mandatam jurisdictionem, tamen confirmare d. l. 6. itaque eum qui hanc suscipit, nihil proprium habere; sed

aliena, hoc est, ejus, qui mandavit, jurisdictione uti: ut Papinianus ait lib. 1. §. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio, & Julianus lib. 5. D. de jurisdictione. Etiam Livius d. cap. 41. scribens, Servium per speciem alienæ fungendæ vicis suas opes firmasse: pro, per speciem mandatæ jurisdictionis. Id vero adeo placet, ut Julianus scribat, Etsi Prætor sit is qui alienam jurisdictionem exsequitur, non tamen pro suo imperio agere, sed pro eo, cujus mandatu jus dicit, quoties partibus ejus fungitur, lib. 3. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Sitamen Princeps, mandata a Magistratu jurisdictione, mandatio aliquam deferat partem, in ea contra dicendum est. & exemplum in Legato Proconsulis qui tutelæ dationem habet ex Oratione D. Marci lib. 1. §. 1. D. de tutoribus datis ab his: propriam ergo, quamquam exercendam demum, mandata a Proconsule jurisdictione: idem Pomponius vult lib. 13. D. de officio Proconsulis & Legati: cum scribit, Legatum Proconsulis nihil proprium habere, nisi a Proconsule ei mandata erit jurisdictio.

Superioribus est addendum, quod non omnes qui gerunt vicem Magistratus, utique alienam jurisdictionem administrant; sed est in his distinctio quam observat Cledonius, vetus Grammaticus, inter Vicarios & Vices agentes: illi a Principe habent propriam jurisdictionem, quamquam agunt vices Præfecturæ, vel urbis, vel Prætorii: isti exercent jurisdictionem neque propriam, neque ex codicillis Principis; sed alienam ex mandato tantum Præfecti, vel urbi, vel Prætorio: neque Vicarii appellantur sed Vices agentes. Verba Cledonii sunt. Sape quaesitum est, utrum Vicarius dici debeat etiam is, cui magnificentissimi Præfecti vices suas in speciali causa mandaverunt. Nequaquam. Nam Vicarius dicitur is, qui ordine codicillorum vices agit amplissima Præfectura. Ille vero, cui vices mandantur propter absentiam Præfectorum, non Vicarius, sed Vices agens, nec Præfectura, sed Præfectorum, dicitur tantum. Sic Cledonius: cui similis est sequens Cassiodori locus lib. 9. Var. Formula 15. Quæ est Vicarii urbis Romæ. Vices agentium mos est, sic judicum voluntatibus obedire, ut suas non habeant dignitates. splendent mutuo lumine, nituntur viribus alie-

alienis, & quadam imago in illis videtur esse veritatis, qui proprii non habent jura fulgoris. Tu autem Vicarius diceris, & tua privilegia non relinquis: quando propria est jurisdictio, qua datur a Principe. Habes enim cum Praefectis aliquam portionem, partes apud te sub Prætoriana advocacione confligunt. Vice sacra sententiam dicis, & quod maxima fidei signum est, in inscriptionibus vita tibi committitur hominum, quod inter mortales constat esse pretiosum. Sic Cassiodorus. Imperatores quoque l. 1. C. de officio Vicarii. Vicaria dignitas ipso nomine ejus se trahere judicet portionem, & sacra cognitionis habeat potestatem, & judicacionis nostra soleat representare reverentiam. Nempe, quia vice quidem Praefecti prætorio, sed ex Mandatis Principis cognoscit. lib. 1. §. 4. 4. D. de

legatis lib. 3. Plane etsi neget Cledonius, Vices agentes dici Vicarios: tamen Vicarii Vices agentes appellantur in Inscriptione lib. 2. C. Theod. de paganis: in qua est. Imp. Constantinus A. ad Madi-
lianum agentem vicem P. F. P. Sed & Inscriptio l. 1. C. Theod. de usuris habet, Imp. Constantinus A. ad Dracilianum, agentem vices P. F. P. id est, Vicarium Praefecti prætorio: quod optime vidit V. GL. Jacobus Gothofredus ad eum locum. Sed in viam. Apparet, jurisditionem a Magistratu mandari; cum ab eo alii committitur, qui eam mandantis nomine exercent, inque ea saltem ipsius vice ac partibus fungatur. Dixi quid sit, mandare jurisditionem, & quæ ejus rei origo sit.

CAPUT II.

Jurisditionem vel universam mandari, vel ejus partem. parte mandata, quid juris? universa mandata, mandatum intelligi totum juris dicendi officium: quatenus tamen mandanti competit jure Magistratus sui. quod si ei specialiter lege defertur, non videri mandatum.

Dicam, quid possit mandari, & quid mandata jurisditione ad mandatarium transeat. Solum jurisdictio mandari, vel universa, vel pro parte: ut Ulpianus refert l. 16. D. de jurisditione. Et universæ mandatæ exemplum apud Livium lib. 24. c. 44. verba Livii. Marcus Aemilius Prætor, cujus peregrina fors erat, jurisditionem Attilio collega Prætori urbano mandarat. Pro parte mandatæ jurisditionis meminit Cicero epist. 1. Ad Q. Fratrem, in verbis quæ subjeci. Sed parvi refert abs te ipso jus dici equaliter, nisi idem ab iis fiet, quibus tu ejus muneris partem aliquam concesseris. Sic Cicero: addo, Ulpianus l. 17. D. de jurisditione; ponens exemplum in Prætoris qui habuerat justam causam susceptæ ante Magistratum advocacionis.

Sed certum est, posse & totam jurisditionem mandari, & partem ejus. non æque certum est, quid aut tota jurisditione aut ejus parte mandata, præcipue mandatum videatur. Puto autem, id intelligi partim ex mandati formula, partim ex jurisditionis genere: nam, si quæ pars mandetur, ea pars transibit d. l. 16. & 17. utique si mandanti competit jure Magistratus sui: tum enim recte mandatur, quod si ejus est, non jure Magistratus sui, sed speciali Legis concessione, mandari non potest l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Ita, si pars mandetur.

At si omnis, aut universa, aut generalis, jurisdictio, aut etiam jurisdictio simpliciter atque indefinite, mandetur; totum transferetur juris dicendi officium, ut Ulpianus loquitur l. 1. §. 4. D. de suspectis tutoribus. Paulus Notis ad Papinianum ait, Et imperium, quod jurisditioni coheret, mandata jurisditione transire l. 1. §. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio: significans, mixtum imperium, hoc est, imperium cui jurisdictio inest, (sic enim Ulpiano vocatur l. 3. D. de jurisditione) ad mandatarium transire. Idem dicendum de his Pauli verbis l. ult. §. 1. D. eod. tit. Mandata jurisditione privato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari: quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est. Desumpta enim sunt hæc verba ex Pauli lib. 18. Ad Plautium; possuntque videri pertinere ad expositionem quorundam verborum Plautii:

quibus quærebatur, an mandata jurisditione privato, etiam coercitio ad mandatarium transiret: neque adeo aliud velle, quam privatum, cum ei mandata est jurisdictio, eo verbo non accipere nudam cognitionem, aut pronuntiationem; sed totam jurisditionem quam habuit mandator: id est, ut Paulus ait, etiam imperium quod non est merum; & ideo coercitionem quoque: quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est: id est, nullius momenti est. id enim indigitat ea locutio: pariter ut in l. 16. §. 1. D. de minoribus, junctal. 3. §. 3. D. Pro socio. Sic conjicio, ac proinde ex illo Fragmento non colligi hoc quod multi censent, mixtum imperium coercitione absolvi: (id enim refellitur his quæ dixi lib. 1. c. 2. 3. & 5.) sed coercitionem esse partem sive imperii, sive jurisditionis; & ideo, mandata jurisditione, etiam coercitionem mandatum intelligi.

Atque ita est; cum universa jurisdictio mandatur, transit totum juris dicendi officium; id est, & exequutio, & suspecti tutoris cognitio, & datio bonorum possessionis, & in possessionem missio ex damni infecti, similibusque causis l. 4. pr. & §. 1. D. de offic. ejus cui mand. est jurisdict. & in integrum restitutio l. ult. C. Ubi & apud quem in integr. restit. & alia quæ contemplatione quidem municipalium Magistratuum magis imperii, quam jurisditionis, respectu vero Prætoris aut similis Magistratus quam imperii, tam jurisditionis, appellantur. Neque obstat Paulus lib. 105. D. de regulis juris; sic scribens, Ubi-
cunque causa cognitio est, ibi Prætor desideratur. Nam Inscriptio quæ habet Paulus lib. 1. Ad Edictum, evincit, eum non Prætores opponere mandataris, qui gerunt mandantis vicem, & ejus tribunali utuntur, eoque sub Prætoris, aut Præsidis, aut Magistratus, appellatione comprehenduntur l. 13. D. de jurisditione, & l. 1. §. xi. D. Ad Senat. consultum Turpilianum: sed Prætores opponere municipalibus Magistratibus, quibus neque tribunal est, neque causæ competunt quæ pro tribunali cognoscuntur. Et exemplum Pauli elegans in causa damni infecti: in qua Prætor Magistratibus municipalibus cautionem &

possessionem, propter periculum dilationis, perpetuo Edicto delegavit; ut tamen, si dureretur non caveri, cetera sibi reservaverit: quod Ulpianus indicat libro Ad Edictum primo l. 1. §. 4. §. 3. *D. de damno infecto*, neque Paulus negat eodem ad Edictum libro l. 5. *D. eod. tit.* Quæso, cur ita? quia in cæteris causæ cognitio desideratur. hanc rationem adfert Ulpianus d. l. 4. §. 4. ubicumque autem causæ cognitio vertitur, ibi (ut Paulus ait d. l. 105.) Prætor quidem desideratur: sed Magistratus municipalis non sufficit d. l. 4. §. 4. ut jã ostendi l. 1. c. 3.

Igitur universa, aut omni, jurisdictione mandata, universa quæ jurisdictionis sunt, mandata existimantur: maxime ubi Magistratui competunt jure Magistratus sui: nam si quæ specialiter Lege aut Constitutione ei deferuntur, in his aliud dicendum est l. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*. Et argumentum huic definitioni, mandata origo jurisdictionis: quæ, cum moribus constet, ostendit, mandatam jurisdictionem complecti quidem illa quæ jurisdictio moribus indiget; sed non ea quæ, si mores spectes, sub jurisdictionem non cadunt: id vero usu venit in his quæ Magistratui Lege nominatim deferuntur: absque enim hac esset, non pertinerent ad jurisdictionem: cum vero Lege accedunt ad jurisdictionem, saltem extrinsecus accedunt; jurisdictionis autem moribus non sunt. at quid mirum, id quod moribus incognitum est, haberi præter notos mandati fines qui moribus terminantur? Atque id Papinianus indigitat l. 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*: cujus verba, nisi grave erit, paucis exponam. Ait Papinianus. *Is qui mandatam jurisdictionem suscepit, nihil proprium habet*: id est, nihil habet, quod sive lex, sive mos, illi proprium det per consequentiam mandata jurisdictionis. Ait, *Sed tantum ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur*: id est tantum mandantis nomine & vice exercet jurisdictionem quæ mandati jure Magistratus competit. Ait, *Verus est enim, jurisdictionem more majorum quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire*: hoc est,

verius est, mandatam jurisdictionem regi majorum more: & ideo saltem recipi ea in specie quæ Magistratui sive more majorum, sive jure Magistratus, competit: non etiam, verbi causa, in mero imperio quod ei Lege datur, & hac extrinsecus ad jurisdictionem accedit; sine Lege autem sub nomine & vi imperii ac jurisdictionis non continetur. Sequitur, *Quare nemo dicit, animadversionem Legatum Proconsulis habere mandata jurisdictione*. sensus: Quare nemo existimat, mandata jurisdictione, etiam merum imperium, seu majorem animadversionem, (sic enim Venulejo appellatur l. 11. *D. de officio Proconsulis & Legati*) ad Legatū Proconsulis transire: nam etsi jurisdictionis verbum late patet, continetque imperium, non tantum mixtum, & merum; tamen, cum quæritur de mandata Legato jurisdictione, majorum more inhibetur, & ad eam restringitur. quæ jure Magistratus competit. Sic Papinianus: cui mox in Notis subjicit Paulus. *Et imperium, quod jurisdictioni coheret, mandata jurisdictione transire, verius est*. sensus Pauli, Animadversionem quam Papinianus Legato, mandata jurisdictione, negat, tantum esse accipiendam de mero imperio, quod per excellentiam animadversio dicitur, & Venulejo d. l. 11. addito vocabulo, major animadversio appellatur: nam alioquin etiam mixtum imperium, id est, hoc quod jurisdictioni sive coheret sive inest, animadversionis nomine contineri l. 15. §. 28. *D. de injuriis*: & tamen imperium quod jurisdictioni coheret, id est, quod alioquin jurisdictio sive mixtum imperium vocatur, mandata jurisdictione transire. Igitur ut mandati vis intelligatur, debet & mandati tenor inspicere, & jurisdictionis potestatisve genus: denique, mandata jurisdictione, sive simpliciter, sive omni, sive generali, ad mandatarium quidem transit totum juris dicendi officium quod more majorum intra jurisdictionem consistit: sed non hoc quoque quod Magistratui competit magis speciali lege, quam moribus propter vim imperii.

CAPUT III.

Quid sit specialiter aut nominatim delegari.

Sequitur, ut exponam, quid sit *specialiter*, & *nominatim*, quid jure magistratus aut jure suo, deferri. Verbum *specialiter* opponitur verbo *generaliter*. Generale autem pro omni, sive universo accipitur: speciale vero rem singularem indigitat; itaque specialis actio, & actio singularum rerum petitionis, pro iisdem sunt. l. 73. §. 1. pr. §. 1. *D. de rei vindicatione*. Porro quia res singulæ aut nomine suo, aut certa demonstratione, intelliguntur; eo factum; ut, quæ altero designantur modo, eæ nominatim & specialiter designari dicantur l. 17. §. 24. *D. de manumissis testamento*: item sicut specialiter & generaliter opponuntur, sic nominatim & generaliter opponantur l. 32. *D. de Edictio edicto*. l. 2. *C. de pignoribus*. Jam, quia illa *specialiter* seu *nominatim* & jure magistratus committuntur: apparet, ista *generaliter* & jure magistratus deferri, item hæc *specialiter* & *nominatim* lege indulgeri, tantum non idem designare. Proinde placet, si quæ sint Magistratui data, non specialiter seu nominatim, id est, non separatim ab universa jurisdictione; hæc illi sive more majorum, sive jure Magistratus, sive jure suo, com-

petere: quippe cum constet, eum constitutum esse ad hoc, ut jus dicat: at si quæ ei data sint separatim ab universa jurisdictione; hæc ei specialiter & nominatim data intelligi. Illud addam, nihil referre, utrum persona cui hæc dentur, suo nomine exprimatur, an Magistratus designetur certus. ut enim nominatim data intelligitur jurisdictio; sufficit, eam separatim a generali jurisdictione delegari, etsi non nominatim L. Titio, verbi gratia, tamen nominatim Prætori, vel Præsidi, vel simili Magistratui: ut in l. 8. pr. §. 1. *D. de transactionibus*. l. 1. *D. de rebus eorum qui sub tutela*. l. 1. in fine pr. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*. l. 1. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*. Plus dicam, sufficere, si cui Magistratui primum nominatim sit permessa jurisdictio, & in ejus successore, aut alio, dein sub appellatione plenæ legis actionis, aut plenissimæ jurisdictionis, similiterve repetita, nam etsi in Magistratu ita jus sit: ut, si totam, plenam, aut plenissimam, jurisdictionem, legisve actionem, alii mandet, non plus mandare intelligatur, quam si deleget eam quæ ei jure suo competit: est tamen

in Principe aut Lege aliud dicendum, interest enim, quod Magistratus, quamvis generali & lato utatur sermone, tamen non potest jurisdictionis atque imperii sui naturam informare: Principis autem voluntas ad deferendam jurisdictionem sufficit, verborumque amplitudine ac delationis forma simul & intelligitur, & extenditur. Proinde si cui plena legis actio aut jurisdictio, exemplo alicujus Magistratus, Lege aut Constitutione deferatur: dubium non est, quin ei concedi videantur non modo illa, quæ eidem Magistratui competunt jure Magistratus sui, sed & adoptio, & emancipatio, & manumissio, & tutelæ datio, & similia, quæ ei speciali Legis beneficio delegantur: ut liquet ex l. 2. C. de officio ejus, qui vicem alicujus Judicis vel Præsidis obtinet. Eodemque pertinet, quod Ulpianus scribit l. 7. §. 2. l. 8. & 9. D. de officio Proconsulis, Proconsulem in provincia plenissimam jurisdictionem habere; & addit, ideo partes omnium, qui Romæ vel quasi Magistratus, vel extra ordinem, jus dicunt, ad ipsum pertinere; & ideo majus imperium in provincia habere omnibus post Principem; nec quidquam esse in provincia, quod non per ipsum expediatur, præter fiscales pecuniarias causas quibus Procurator Principis constitutus est. Idem jus est in equestribus, qui Ægypto præsent: apud quos Tacitus

infit lib. 12. Annal. c. 60. Divum Augustum lege agi, decretaque eorum perinde haberi jussisse, ac si Magistratus Romani constituissent. Sed & Modestinus sic refert l. 21. D. de manumissis vindicta. Apud Præfectum Ægypti possum servum manumittere ex constitutione Augusti. Et Ulpianus l. 1. D. de officio Juridici, Adoptare quis apud Juridicum potest, quia data est ei legis actio. Igitur ut jurisdictionis natura & genus intelligatur, fere ab origine ejus impetrandum putem, partesque ejus singulas apud eum cui data sunt sub lata & generali formula, eodem fore jure, quo initio fuere: denique, Proconsulem, quamvis ei Lege data sit jurisdictio, tamen quia data illi est exemplo Prætoris cui ea competit propter vim imperii; ideo jurisdictionem Prætoris exemplo mandaturum; & hac mandata, Judicis dationem ab eo transiitram ad mandatarium l. 12. §. 1. D. de judiciis. E diverso ea, quæ solent aut certis personis, aut in certis causis, delegari, etsi in assiduam jurisdictionem convertantur, aut Magistratui cum cætera jurisdictione deferantur, tamen vetere forma deferri, neque ex ea aliud exuere, quam ut videatur Princeps ea sub Magistratus plenæ jurisdictionis concessione esse complexus; quamvis initio contra fuerit, ipsaque in singulis causis nominatim dari consueverint.

CAPUT IV.

An potuerit merum imperium mandari palam? Ad Papinianum l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Extraordinarium mandatum quid sit apud Ulpianum l. 6. D. de officio Proconsulis & Legati?

Venio nunc ad explicationem paucorum exemplorum in quibus quæri video, an jurisdictio a Magistratu alteri mandari possit: sumam autem initium a mero imperio: de quo ita Papinianus l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.

Quæcumque specialiter Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur: quæ vero jure Magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare Magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitationem Lege, vel Senatusconsulto delegatam, veluti Legis Julia de adulteriis, & si quæ sunt aliæ similes, jurisdictionem suam mandant. Hujus rei fortissimum argumentum, quod Lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare, non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cœperit, cum alias jurisdictio etiam a præsentem mandetur. Et si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem Prætor, quam ex Senatusconsulto habet, mandare non poterit.

Ait Papinianus, Quæcumque, quod generale verbum pertinet ad omnia quæ specialiter delegantur, siue sint meri imperii, siue mixti: velut cognitio de alienandis pupilli prædiis quæ Prætori data est Oratione Divi Severi l. 1. D. de rebus eorum, qui sub tutela; & transactio de alimentis testamento relictis, quæ Prætori delegata est Oratione Divi Marci l. 8. D. de transactionibus: quarum proinde neque hæc, neque illa, alii ab eo mandari potest d. l. 8. §. 18. & l. 2. §. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Deinde ait, Mandata jurisdictione non transferuntur. Id sic accipe, neque palam mandata transeunt, neque per consequentiam mandata jurisdictionis transferuntur. Pergit Papinia-

nus. Et ideo videntur errare Magistratus, qui, &c. Ostendit, merum imperium esse specialis concessionis. quod verissimum est; etsi initio apud Reges, etiam post hos exactos, apud Consules, qui tum juridicundo præerant, fuerit propter vim imperii: nam mox Valeria aliisque insequentis Legibus separatim fuit a Consulium jurisdictione; cœpitque inde in causis singulis Populi jussu delegari certis personis; Populi vero injussu Consulibus aut alterius Magistratus propter vim imperii nullum esse. Ita ante perpetuas quæstiones: ut Pomponius probat l. 2. §. 16. & 23. D. de origine juris. Idem post eas: quum præsertim his ordo certus, etiam Quæstor certus, ipsis sit positus Legibus quibus constitutæ sunt, auctore Quintiliano, Declam. 338. parte altera; qui sic scribit. Habent ea (publica judicia) suam formam, suum judicium, suum numerum, Quæstorem suum, sua tempora, sua nomina. Sic Quintilianus. Sed & Papinianus: verba Papiniani. Hujus rei argumentum fortissimum est, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare. Papinianus petit argumentum ab ordine judicii publici, idque argumentum dicit fortissimum: quia est a contrario sensu in clara & certa voluntate Legis: quæ Quæstorium, si proficiscatur, permittit merum imperium mandare: sed si præsens sit, & non proficiscatur, idem mandare non patitur: tantum quia filer isto in casu; & ut Seneca ait, De beneficiis lib. 5. c. 21. non permittendo vetat. Hæc Papiniani sententia.

Quam, nescio, an exprimat Ulpianus, & firmet his verbis. Solet etiam custodiarum cognitionem mandare Legatis, scilicet ut præauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipse liberet.

ret. sed hoc genus mandati extraordinarium est : nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam ; vel cuius alterius coërcitionis ad alium transferre. *Se. l. 6. D. de officio Proconsulis.* Quæstio est, an Proconsul possit custodiarum cognitionem Legatis mandare ; non quidem hæcenus, ut eas vel condemnent, vel absolvant ; sed saltem, ut eas audiant, & præauditas ad se remittant, quo innocentem ipse liberet. Et ait Ulpianus, ita solitum Proconsulem ; sed regulam Juris adversari ; nam cognitionem æque facere partem meri imperii, ac decretum & executionem. proinde si ad naturam meri imperii respiciatur, Proconsulem Legato non magis posse custodiarum cognitionem mandare, quam decretum aut executionem. verum, inquit, id mandati genus extraordinarium est, id est, non civili jure, neque legum ordine, receptum est, sed adversus ea singulari jure ; nam si ad jus civile & legum ordinem attenditur ; non potest quis sibi datam potestatem gladii vel alterius coërcitionis ad alium transferre : & tamen, si Proconsul Legato mandet custodiarum cognitionem ita, ut præauditas ad se remittat ; placuit singulari ratione contra legum ordinem, valere mandatum. Hic sensus horum verborum, *Hoc genus mandati ex-*

traordinarium est, monstrante Marciano *l. 7. D. de lege Cornelia de falsis*, cum inquit, *Nulla modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem jure civili, neque jure pratorio, neque extra ordinem computantur.* Extra ordinem dicit pro eo jure quod contra rationem juris civilis aut pratorii observatur. Idem in *l. 114. §. 8. D. de legatis lib. 1.* qui locus in Accursii editione exhibetur ita. *Secundum vulgatam formam juris, si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere.* Ait, *Secundum vulgatam formam juris*, pro secundum vulgarem juris regulam ; cui opponitur *extra ordinem* apud Ulpianum *l. 92. D. de conditionibus & demonstrationibus* ; cum, *Arbitror*, inquit, *extra ordinem debere constitui, eum, qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos emanciparet, cogendum emancipare.* Et in *l. 1. §. 5. D. de separationibus.* Quæsitum est an interdum etiam heredis creditores possint separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem ? Sed nullum remedium est proditum : sibi enim imputent qui cum tali contraxerint : nisi si extra ordinem putamus Prætorum adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est.

CAPUT V.

Merum imperium mandari potuisse ex permissu legis ; sed non alii, quam cui voluit Lex publici judicii, aut Princeps. Index quæstionis qualis fuerit, quæque ejus partes ?

EX his apparet, merum imperium esse specialis concessionis ; & ob id ultra mandati fines consistere ; præterquam, si Quæitori Lege permittitur mandare : tum enim valet mandatum ; sed dumtaxat illa in specie in qua nominatim indulgetur : uti præter Ulpianum in *d. l. 6. Papinianus* indicat *l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio* ; cum inquit, *Non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias jurisdictio etiam a præsentemandetur.* Plus dicam : ne tum potest quidem merum imperium mandari cuilibet, cui Quæitori videtur : (quamquam ita obtinet in partibus mixti imperii quæ Prætori jure Magistratus sui competunt) sed illi cui mandari voluit Lex publici judicii, aut Principis Constitutio.

Primum videndum de Lege publici judicii. Ea Lex Quæitori sæpe addidit Judicem quæstionis qui ejus vice & partibus fungeretur : idque inde apparet, quod is Judex etiam Quæstor appellatur : ut C. Junius, apud Ciceronem *Pro Cluentio*, & apud Asconium *Ad proœmium actionis in Verrem p. 55.* Junium sane Judicem quæstionis fuisse, non Prætozem, vel ex eo intelligitur : quod Cicero *Pro Cluentio* cum non Prætorium aut Prætozem, sed *Ædilitium* & hominum opinionibus Prætozem jam constitutum, id est, futurum Prætozem, appellat : fiebantque Judices quæstionis plerumque post Ædilitatem, sed ante Præturam : ut ostendit Cicero, *Bruto c. 76. pag. 166.* Verba : *Erat etiam vir doctus in primis C. Visellius Varro, consobrinus meus qui fuit cum Sicinio atate conjunctus, is cum post curulem Ædilitatem Judex quæstionis esset.* Etiam sequens Inscriptio apud Gruterum pag. 360.

P. AQVIVS. SCAEVAE. ET FLAVIAE
FILIUS
CONSI. ET DIDIAE
NEPOS

BARBI. ET DURICIAE
PRONEPOS
SCAVRA
QVAESTOR. DECEMVIRATIVM
LITIVM. JVDICANDARVM
TRIB. PLEB. AEDIL. CVRVL.
JVDEX. QVAESTIONIS. PRAETOR.
AERARI.
PROCONSVLE. PROVINCIAM
CYPRVM. OBTINVIT.

E diverso datur & Quæitori, sive Prætori, Judicis nomen apud Virgilium *lib. 6. Aeneidos*, & Quintilianum *lib. 7. Inst. orat. c. 3.* Idem Arbitrator dicitur apud Senecam *Hercule furente*, verbis istis.

AMPH. ---- *Verane est fama, inferis
Tam sera reddi jura, & oblitos sui
Sceleris nocentes debitas pœnas dare ?
Quis iste veri rector, atque aequi arbiter ?*
THES. *Non unus alta sede Quæstor sedens,
Judicia trepidis sortitur reis.*

His adde, quod ut Prætor, sic Judex quæstionis, publico judicio præesse, & ex Lege quærere, dicitur. Hoc sensu Ulpianus *l. 1. pr. D. Ad legem Cornelianam de sicariis* inquit, *Qui ve cum Magistratus esset, publico-ve judicio præesset* : id est, ut dicitur in §. 1. ejusdem loci, *Qui ve cum Magistratus, Judex ve quæstionis.* Idem probant verba Legis Corneliae apud Patriatorem *Legum Mosaicarum & Romanarum Tit. 1.* Ea verba sunt. *Ut is Prætor, Judex ve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, ejus, quod in urbe Roma propius mille passus factum sit, uti quærat cum Judicibus, qui ex lege sorte obvenerint.* Igitur ut Prætor, sic Judex quæstionis, ex Lege quærit, & quæstioni præest : id est, quæstionem exercet ; ut Suetonius in *Julio c. xi.* loquitur de Cæsare, cum esset adhuc Ædilitius, & nondum Prætor, sed

sed Judex quæstionis de sicariis cognosceret. Præterea ut in Prætoris, sic in ejusdem Judicis, potestate fuit, uti Lege reus fieret, auctore Ulpiano *l. 1. §. 1. D. Ad legem Corneliam de sicariis*. addo, Suetonio *d. c. xi.* qui testatur, Cæsarem in exercenda de sicariis quæstione, id est, ut dixi, cum esset quæstionis Judex Prætori cui sorte obtigerat quæstio de sicariis, in exercenda ea etiam eos sicariorum numero habuisse qui proscriptione, obrelata civium Romanorum capita, pecunias ex ærario acceperant, quamquam exceptos Cornelii Legibus. Jam ut Prætor, sic Judex quæstionis, præfuit Judicium sortitionibus & subsortitionibus. De Prætore certe Asconius, *Præm. act. in Verr. p. 47.* item Seneca *d. loc.* Sed & apud Virgilium

Quæstor Minos urnam movet. --

Ad Judicem vero quæstionis spectat illud Asconii in *Orat. Ciceron. de prætore urb. p. 109.* *Quintus Curtius judex quæstionis sub sortiebatur in locum rejectorum improbos judices.* Postremo Prætor cum his Judicibus qui ei sorte obtigerant, pro tribunali sedens cognoscebat, & interloquebatur, & tandem decernebat: ut pluribus probavi *lib. 1. cap. 4.* Idem in utroque, id est, & Prætor, & Judice quæstionis, conjunctim evincit formula Legis Corneliæ de sicariis, cujus hæc verba statim posui. *Ut is Prætor, Judexve quæstionis, cui sorte obvenit quæstio de sicariis, querat cum his judicibus, qui ex lege sorte obvenierint.* Quid ergo? apparet, quæ Quæstoris partes fuere, eas

Judicis quæstionis fuisse, & contra; denique hunc Judicem non alium fuisse, quam mandatarium meri imperii; eumque adeo vices Prætoris, vel absentis, vel aliter, ex Legis permisso sustinuisse: eundem porro, si conferretur cum his qui aut Quæstor, aut ipsi, in Consilio aderant, Magistratus & Quæstoris appellatione venisse: si vero cum Quæstore compararetur, magis distinctum & a Quæstoris & a Magistratus appellatione fuisse *d. l. 1. pr. §. 1. D. d. t.* Proinde consequens esse, ut verbis istis *l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, (*Quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiatur, mandare*) non recte inferri videatur, quasi speciale sit ea in Lege, quod merum imperium mandari potest; ut multi existimant: sed quasi solus absentiae casus, non etiam alii ea in Lege excipiantur. Sed mihi certum est, cum Lex publici judicii Quæstor addidit Judicem quæstionis, tum eam meri imperii mandationem permittere: solitum vero hunc Judicem Quæstor addi in compluribus Legibus, docet Ulpianus *l. 1. pr. §. 1. D. Ad legem Corneliam de sicariis*: idemque de Lege Cornelia attestatur *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum Tit. 1.* Tamen quibus casibus, quibusque Legibus, Quæstor additus sit is Judex, hodie dici nequit, propter injuriam temporum, quibus consumpta sunt pleraque Veterum monumenta.

C A T U T VI.

Vicarium urbis Romæ ex Codicillis Principis merum imperium exercuisse, mandante Præfecto urbis: cognovisse & cum Præfecto. An Præfectus urbis potuerit merum imperium mandare alii, quam Vicario? & quid, si non esset Vicarius, atque ipse morbo diuturno impediretur?

Satis dixi de Lege publici judicii. transeo ad Principis Constitutionem: qua Præfecto urbis, qui ex Principis concessione merum imperium exercuit intra urbem & centesimum ab ea lapidem *l. 1. pr. §. 4. D. de officio Præfecti urbi*, additus fuit Vicarius urbis: ut pulchre Cassiodorus docet loco quem apposui *capite 1. hujus libri*. Ad quid? ut id exerceret, absente, vel mandante Præfecto urbis. Nectamen ignoro, etiam cum Præfecto cognovisse. verum tum Præfecti imperium fuit, Vicarius autem pro privato habitus, auctore Ambrosio, *Comment. in epist. Pauli ad Colossens. c. 2.* sic loquente: *Numquid aliquis vicem domini agens ipso præsentem dominatur? Si Præfectorum Vicarii præsentibus eis privati sunt, quanto magis servi præsentem domino etiam ipsi in obsequio debent videri?* Igitur Vicarius urbis in causis meri imperii cognovit absente Præfecto urbi, aut certe eo mandante, etiam cum eo: alterum enim ex Ammiano Marcellino intelligitur, alterum ex Ambrosio. E re erit, utriusque verba apponere. Verba Ammiani ex *l. 28. cap. 1.* *Post hanc gestorum seriem Hymetius ad oppidum ductus Ocriculum, audiendus ab Ampelio urbi Præfecto & Maximino Vicario, confestimque perdendus, ut apparebat, data sibi copia rectius Imperatoris præsidium appellavit.* Hæc Ammiani: Ambrosii illa sunt ex *Sermone 90. de passione beata Agnetis virginis.* *Præfectus (urbis, Symphronius) videns tanta mirabilia obstupuit. Sed veritus proscriptionem, si contra templorum Pontifices ageret, & Agnem contra suam sententiam defensaret, Vicarium ad seditionem populi judicem*

dereliquit, ipse autem tristis abcessit, quod eam non potuit post resurrectionem filii sui liberare. Tunc Vicarius Aspasius nomine jussit in conspectu omnium ignem copiosum accendi, & in mediam eam præcepit jactari flammam. Et post. *Tunc Aspasius urbis Romæ Vicarius populi seditionem non ferens in guttur ejus gladium mergi præcepit.*

Igitur cum delegandum a Præfecto urbis fuit merum imperium, Princeps illi Vicarium urbis demonstravit; alii vero hoc mandari non permisit: argumentumque ei rei, quod Cassiodorus *d. loc.* cum distinguit Vicarium a Vices agentibus; dicit, inter alia hoc esse in Vicario præcipuum, quod ei in inscriptionibus hominum vita committitur, cum Vices agentibus ea non committatur. Hoc, si Vicarius esset Præfecto urbis. Quid, si ei nullus esset? non potuit Præfectus alii mandare merum imperium; non modo si integra uteretur valetudine; sed ne si morbo quidem, quamvis diuturno, impediretur. Quid ergo? debuit a Principe peti Vicarius, aut certe qui cognosceret pro Præfecto. idque interdum factum fuisse ab accusatore per libellum, intelligi, ni fallor, potest ex eo, quod Ammianus narrat *d. cap. 1. lib. 28.* Chilonem ex Vicario & conjugem Maximam questos apud Olybrium urbis Præfectum, vitam suam venenis petitam esse, atque impetrasse, ut hi quos suspectati essent, illico compingerentur in vincula: sed negotio tepescente ob diuturnum morbum quo tenebatur

batur Olybrius, eos libello petivisse oblato, ut ea cognitio Maximino, Præfecto annonæ, mandaretur, idque studio celeritatis concessum esse à Principe. Verba Ammiani, si quis desideret, apposui: ea sunt. *Chilo ex Vicario & conjux ejus Maxima nomine, questi apud Olybrium ea tempestate urbi Præfectum, utanque suam venenis petitam asseverantes, impetrarunt, ut hi quos suspectati sunt, illico rapti compingerentur in vincula, organarius Sericus, & Asbolius palæstrita, & haruspex Campensis. Verum negotio tepestente eb dinturnam morborum asperitatem, qua tenebatur Olybrius: morarum impatientes hi qui rem detulerunt, libello petiverunt oblato, ut examinandum jurgium Præfecto mandaretur annonæ: idque studio celeritatis concessum est.* A quo? a Principe; ut dixi, & liquet ex sequentibus Ammiani verbis: quibus narratur, Maximinum pro Præfectis agere dispositum, (hoc est, Vicarium factum: id enim Ammiano vult ea locutio pro Præfectis agere) ac literas, id est, codicillos à Principe accepisse. Idem præterea liquet ex Hieronymi loco quem

Valesius allegat, Notis ad Ammianum. Exposui rationem potestatis Præfecti urbis, etiam Vicarii ejus, cum esset quæstio de mero imperio ejusque mandato: a quo separatae erant causæ mixti imperii, utique quæ Præfecto urbis competebant jure Magistratus sui: nam eas mandare poterat non modo Vicario urbis, sed etiam aliis: deque iis accipio Cledonium, veterem Grammaticum, loco quem attuli capite 1. hujus libri: ad easdemque nescio, an alludat quoque Ammianus Marcellinus d. cap. 1. lib. 28. cum sic inquit. *Quod Aginatus indignissime ferens dolensque in examinandis causis Maximinum ab Olybrio sibi prælatum, cum esset ipse Vicarius Roma.* Nisi malis hoc accipere de ordine rogandæ ac dicendæ sententiæ in Consilio Olybrii Præfecti urbis, in quo uterque forte assedit. Illud omitendum non est, quod & repperi, cognitionem à Principe delatam esse interdum vel Præfecto urbi, vel Vicario, prout alter proximus esset: & exemplum in l. 36. Cod. Theod. de appellationibus lib. xi. tit. 30.

CAPUT VII.

An adoptio, emancipatio & manumissio, mandari potuerint? Paulus l. 17. §. 1. D. de manumissis vindicta ex conjectura emendatus.

Non tantum merum imperium, sed & ad optionem, & emancipationem, & manumissionem, esse ex eorum numero, quæ Magistratui, sive urbano, sive provinciali, non tam jure suo, quam speciali concessione, competunt, indicio mihi est §. 4. Inst. Quibus ex causis manumittere non licet, l. 21. D. de manumissis vindicta, l. 1. D. de officio Juridici, l. 2. C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis. Nec igitur mirum, eas apud Proconsulis Legatum exerceri nullas: quia neque mandari possunt, neque Legato nominatim lege datæ sunt: ut Marcianus & Ulpianus attestantur l. 2. §. 1. & l. 3. D. de officio Proconsulis & Legati; cum ajunt, *Apud Legatum Proconsulis neminem manumittere posse, quia non habet jurisdictionem talem: nec adoptare posse: omnino enim non esse apud eum legis actionem.*

Scio, e diverso adferri hæc Pauli verba e l. 17. pr. & §. 1. D. de manumissis vindicta.

Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus. sed & apud Legatum ejus manumittere possumus

Scio, esse qui corrigant, sed & apud Legatum ejus manumittere non possumus. Scio, & esse qui distinguant, utrum Legatus provinciam jam ingressus sit, an urbem tantum egressus: etiam scio, his suffragari Haloandri & alios codices: in quibus ita legitur, *Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus. sed & apud Legatum ejus possumus manumittere, ex quo provinciam ingressus est* Sed fortius urgent sequentia Marciani & Ulpiani verba in d. l. 2. §. 1. & d. l. 3. *Omnino non est apud eum legis actio, & Non habet jurisdictionem talem.* Non enim hi, si Legato provinciam jam ingressus indulgissent actionem legis, eum ab hac omnino removissent: sed aut provinciam ingressus hanc demum dedissent, aut ei simpliciter adscripsissent. Hoc ut sentiam, movet me, quod similiter scribit Ulpianus l. 15. D. de officio Proconsulis & Legati, Legatos Proconsulum tutores dare posse: quamquam constat, eos nisi mandata jurisdictione, & adeo nisi provinciam ingressos, nihil proprium habere l. 13. juncta l. 4. §. ult. D.

eod. tit. Præterea ait Ulpianus l. 3. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his, jus dandi tutores omnibus Magistratibus municipalibus datum esse: qui tamen aliter non dant, quam jussu Præsidis §. pen. Inst. de Atiliano tutore. E diverso, quia merum imperium Legato neque lege concessum est, neque mandata jurisdictione ad eum transit, simpliciter negat Venulejus, id Legatum habere l. xi. D. de officio Proconsulis & Legati Hoc vero si est; quid causæ habeam? cur aliter accipiam verba d. l. 2. §. 1. & d. l. 3. D. eod. tit. Inquires, quia Paulus obstat d. l. 17. §. 1. D. de manumissis vindicta. Verum experiamur; ne, quod Paulus scribit de Legato Proconsulis, parvo momento possit transferri ad Legatum Cæsaris: hunc enim manumissionem atque adoptionem habuisse, facile intelligitur ex l. 2. D. de officio Præsidis, & l. 7. D. de manumissis vindicta. Porro me idam Paulo obrepisse ex affinitate voculæ ejus & Sigili, CAES, non improbabiliter olim ostendit Petrus Burgius, vir doctus, lib. 1. Electorum c. 2. Quamquam probabilius restituerim, sed & apud Legatum C. manumittere possumus: quod sicut Legatum Cæsaris indigitabat, ita facile declinavit in proximum illud, sed & apud Legatum e. manumittere possumus: id est, apud Legatum ejus &c, solet enim vox ejus, si Sigilis credimus, notari littera e. solet vero Caesar etiam ita c. scribi: ut ex iisdem constat Veterum Sigilis, & præterea probant Inscriptiones l. 8. C. de pignoratitia actione, l. 6. C. Quod cum eo qui in aliena potestate, l. 6. C. Ad Senatujconsultum Macedonianum, l. 4. §. 5. 6. & 7. C. de maleficis & mathematicis, & aliis sexcentis locis. Ita Pauli sensus erit, Posse manumitti apud Proconsulem, postquam urbem egressus est: posse etiam apud Legatum Cæsaris, seu Præsidem, sed provinciam jam ingressum. Hoc enim bene atque observate addit Haloandrina, & vulgata Accursii, editio; argumentoque ei, quod insignia sua non ante accepit Præses, quam provinciam ingressus, Proconsul vero statim, atque urbem egressus est, sua insignia habuit: ut a Dione Cassio lib. 53. & Ulpiano l. 1. D. de officio Proconsulis & Legati traditum. Proinde

inde nil mirum est, si inter hunc & illum interfuit: alter, simul ac urbem egressus est, voluntariam jurisdictionem habuit: alter ne eam quidem, nisi provinciam ingressus, exercuit. Plane illud Marcianus *d. l. 2. D. eod. tit.* utrumque Paulus annotavit *d. l. 17. pr. & §. 1.* Hæc una conjectura. Vis & alteram? accipe: nam suspicatus aliquando sum, Pauli scripturam etiam restitui posse hoc modo, *sed & apud Legatum e. m. possumus*: ut sit, *sed & apud Legatum ex mandatis possumus*; vel ita, *eius mandatis possumus*; pro Legati Mandatis; five Mandatis quæ ei a Principe dantur. quo sensu Ulpianus *l. unic. D. de officio Præfecti Augustalis* inquit, Præfectus Ægypti non prius deponit præfecturam & imperium, quod ad similitudinem Proconsulis lege sub Augusto ei datum est, quam Alexandriam ingressus sit successor ejus. & ita mandatis ejus continetur. Ipse Paulus *l. 3. D. de officio Præsidis* scribit, *In mandatis Principum esse*, ut curet is qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare. Apud Calistratum quoque extat, *Mandatis Principalibus quæ Præsibus dantur*, caveri, Ne quis perpetuis vinculis damnetur *l. 35. D. de pœnis*. Ac ne quis dubitet, esse inter cætera hujusmodi Mandatis etiam de emancipationibus, manumissionibus, & similibus, comprehensum, ei sufficit Inscriptio & *l. 2. C. de officio ejus, qui vicem alicujus Judicis vel Præsidis obtinet*. Porro Sigla ista E. M. ferunt omnes, quos di-

xi, sensus: solet sane, si Valerio Probo & P. Diacono fides, vox utraque *ex & ejus* notari litera, E, simplici: per literam quoque, M, tam *manumittere*, quam *mandatum* significari, probant iidem Notarum Interpretes: ex quibus P. Diaconus M. C. M. exponit *mortis causa manumissus*; & Valerius Probus AN. M. interpretatur *actionem mandati*; Magno autem A. M. explicat *actio mandati*. Proinde cum apud Paulum legi posset, *apud Legatum ejus manumittere possumus*, & *apud Legatum ex mandatis possumus*, vel *apud Legatum ejus mandatis possumus*; nullo accidit negotio; ut, cum legendum esset modis istis, Librarius illum ex principio ejusdem capituli, aut imperitia aut festinatione lapsus, utique magis imprudenter, quam insolite, repeteret. Cæterum, per Legatum intelligo Præsidem: qui *Legatus Caesaris* appellatur *l. 7. D. de manumissis vindicta*: dicitur & simpliciter *Legatus* in *l. 14. D. de Senatusconsulto Silaniano*, & apud Vellejum Paterculum *lib. 2.* cujus apposui verba. *Illud etiam in hoc transcursu dicendum est, ita septem annos Rhodi moratum, ut omnes, qui Proconsules Legatique in transmarinas provincias profecti visendi ejus gratia, ad quem convenientes semper privato (si illa Majestas privata unquam fuit) fasces suos submiserint.* Hactenus dictum de imperio mero, item de manumissione, emancipatione, atque adoptione.

CAPUT VIII.

Tutela dationem aliis mandari potuisse, imo non potuisse.

Videndum porro de tutelæ datione: nam & ea aliquali quæstioni est: quia Ulpianus *l. 6. §. 2. D. de tutelis* ait, *Tutoris dationem neque imperii, neque jurisdictionis esse: sed ei soli competere, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps*. Præterea idem scribit, *Nec mandante Præsede alium tutorem dare posse l. 8. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*. Contra ait Justinianus, *In provinciis Præsides ex inquisitione tutores creare, vel Magistratus jussu Præsidium, si non sint magnæ pupilli facultates §. 4. Inst. de Atiliano tutore*. Sed quid est? tutoris datio omnibus Magistratibus municipalibus concessa est Oratione D. Marci *l. 3. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*: non simpliciter tamen, nec indistincte; sed si a Præsede jussi sunt, tutorem dare: jubere autem, Præsidi permissum est tum, si non sint magnæ pupilli facultates *d. §. 4.* id est, si ei non magnæ videntur: non enim quantitas Oratione exprimitur: nec, qui eam definiat, in provincia alius est, præter Præsidem. Sed de tutela Præsides aditur, isque æstimat ex quantitate bonorum pupilli, utrum debeat ipsi per se tutores dare, an possit eorum dationem Magistratibus municipalibus mandare. Itaque paulatim eo devenitur: uti ea tutelæ datio, quæ Magistratum est, neque tantum Præsidi, neque tantum Orationi D. Marci, sed utrique imputetur: & quemadmodum Legatus Proconsulis in eadem causa, atque ex eadem Ora-

tionem, utitur jure proprio, sed demum mandata jurisdictione *l. 1. §. 1. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his, junctæ l. 15. & l. 13. D. de officio Proconsulis & Legati*: sic Magistratus, cum tutorem Præsidi jussu & mandato dat, non alienam, sed propriam, id est, lege datam sibi, jurisdictionem exerceat *d. l. 3.* Proinde nihil opus est, hic addi; quod, si dixeris, Præsidem à Magistratibus tutores dari vel mandasse, vel jussisse, vel præcepisse, vel monuisse, recte dixeris; & omnium verborum unus idemque & sensus & effectus est: fere enim Ulpianus, Paulus, alii, verbis illis passim atque indistincte utuntur *l. 1. §. 6. & §. 5. D. de Magistratibus conveniendis. l. 46. §. 6. D. de administratione tutorum. l. 25. §. 4. & seqq. D. de acquirenda hereditate*: constat etiam, Legem, cum permittit, jurisdictionem mandari in causis specialis delegationis, sæpe personam cui mandari velit, nominatim designare. Potest igitur Præsides, ubi non magnæ sunt pupilli facultates, tutelam Magistratibus municipalibus mandare; alii autem neque tum mandare potest, neque alias *d. §. 4. & d. l. 8. cum similibus*. Dixi, jurisdictionem, vel totam, vel pro parte, mandari solitam; item, tota mandata, quantum mandatum videatur.

CAPUT IX.

An mandatarius jurisdictionis tribunali usus fuerit in causis cognitionis?

Sequitur; ut exponam, quemadmodum oporteat id, quod a Magistratu mandatum est, a mandatario geri. Puto autem, ut oportet, ut a mandatore solet; proinde si mandetur res cognitionis; mandatarius & per se cognoscet, & tribunali utetur, & Consilium exercebit. quod si res erit ordinarii juris; magis Judicem & formulam dabit: id enim cum Magistratui, qui jurisdictionem mandat, observandum sit, legibus moribusque Populi Romani; causa non est, cur in mandatario, qui ejus tantum vices & partes habet, aliter receptum sit; nisi videtur Magistratui, mandata jurisdictione, dari via, qua Populi Romani leges moresque invertat, & per alium accipiat jus faciendi, quod per se non potest. quod non puto. Sed operæ pretium erit, singula, quia in dubium vocantur, paulo plenius exequi. Primum, quod de tribunali dixi, video probari verbis his Ciceronis lib. 1. *De oratore*, *Quid his paucis diebus? Nonne nobis in tribunali Q. Pompei Prætoris urbani familiaris nostri sedentibus homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur.* Cicero ait, Crassum sedisse in tribunali Quinti Pompei, Prætoris urbani, & eo sedente esse postulat: id est, eo cognoscente ex mandato; ut visum viris doctis. Mentio tamen mandatæ jurisdictionis eo in loco nulla est: præterea jus sedendi in tribunali æque fuit Magistratuum Consiliariis, ac mandataris: adeo parum facit *sedendi* verbum, quo Cicero utitur. Nisi *sedere* videtur esse ejus, qui iudicio præest l. 2. §. 1. & 2. *D. quis ordo in possessione servetur*; ut Consiliarii assidere, cui & Assessoris inde nomen tot. tit. *D. de Assessoribus*. Sed contra Plinius lib. 6. *Epist.* 33. *Sedebant, inquit, iudices centum & octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur.* Si tamen, quod sentio, dicam; verisimilius est, apud Ciceronem Prætoris urbani mandatarium, quam Assessorem, indigari. Quamquam, ne ambiguis utar, ipse Livium adferam. Verba Livii lib. 1. c. 41. *Tarquinius interim Servio Tullio jubere populum dicto audientem esse: eum jura redditurum, obiturumque alia regis munia. Servius cum trabeca, & lictoribus prodit, ac sede regia sedens alia decernit, de aliis consulturum se regem*

simulat. Livius exhibet speciem mandatæ jurisdictionis, ejusque insignia, in his lictores, trabeam, & sedem regiam: id est, ut videtur, tribunal cum sella curuli; nam hanc sellam & pleraque decora atque insignia, quibus imperii dignitas eminet, a Tuscis ad Reges Romanos, a Regibus ad Consules, a Consulibus ad Prætores, translata esse, puto, ex Floro disci lib. 1. c. 5. quod autem ad tribunal attinet, clarum est testimonium Dionysii Halicarnassei lib. 2. c. 4. ita de Romulo scribentis, *Quum videret, ipsum metum homines ab omni facinore detertere maxime posse, multa ad rem eam paravit, & tribunal, ubi sedens judicabat, in fori loco maxime conspicuo.* Jam ubi Macer in l. 4. pr. & §. 1. *D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, suspecti tutoris accusationem, item jus possessionis dandæ, & si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere jubeatur, mandari posse; equidem frustra sim, nisi mandatario simul tribunal indulgisse existimem. Primum quod ad suspecti tutoris accusationem attinet, certa res est: quia Marcianus refert l. 1. §. 11. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*, eam pro tribunali tantum examinari, neque alium, quam Præsidentem, id est, eum, qui tribunali præest, de ea pronuntiare posse. Præsidentem enim opponit Magistratibus municipalibus, quibus tribunal non fuit, mandataris autem totius officii jurisdictioni eum non opponit: uti apparet ex l. 1. §. 4. *D. de suspectis tutoribus*, & d. l. 4. pr. & §. 1. Porro quod ad bonorum possessionem attinet, æque aperte ait Ulpianus l. 3. §. 8. *D. de bonor. possess.* si causa cognita detur, non alibi dari, quam pro tribunali: & præfatur, quia neque decretum de plano interponi; neque, causa cognita, bonorum possessio alibi, quam pro tribunali, dari potest. Sed neque de missione in possessionem ex causa damni infecti, præsertim si ex secundo decreto fiat, dubitari potest: desiderat enim causæ cognitionem l. 4. §. 3. & 4. *D. de damno infecto*; ubicumque autem causæ cognitio vertitur, per libellum, id est, de plano, seu sine tribunali, res expediri non potest l. 9. §. 1. *D. de officio Proconsulis & Legati.* Igitur verum est, mandatarium, si, quæ pro tribunali cognoscuntur, mandata essent, tribunali usum fuisse.

CAPUT X.

Mandatario fuisse potestatem Consilii exercendi. Ulpianus emendatus & illustratus l. 2. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio, & l. 42. D. de verborum significatione.

Addamne, & Consilium exercuisse? addam: ne, si id negem, simul negem, eum pro tribunali cognovisse: hoc enim vel Magistratui, qui jurisdictionem mandat, sine Consilio nefas esse, ostendi libro 1. capite xi. at si illi vetitum: quæso, qui potest licere mandatario, tantum partes vicesque ejus sustinenti? ut probavi capite 1. hujus libri. Ulpianus tamen testatur, *Mandata jurisdictione a Præsidente, consilium non posse exercere eum, cui mandatur, l. 2. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* Sed non sic accipiendus Ulpianus;

quasi simpliciter neget, mandata a Præsidente jurisdictione, Consilium a mandatario exerceri posse: (id enim quamquam latitudo verbi patitur, tamen & ratio refellit, & veritas) sed quasi significet, mandata jurisdictione a Præsidente, mandatarium non semper, neque peræque, ubi Præsides potest, posse Consilium exercere: plane simili locutione, qua idem Ulpianus l. 42. *D. de verborum significatione*, postquam dixit, *Furtum & adulterium natura turpe esse*: id est, semper turpe esse; quia furto & adulterio semper inest dolus, natura turpis

pis atque infamis : deinde ita scribit, *Tutela dam-
nari, hoc non natura probrum est : nec enim natura
probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum in-
cidere.* Ita enim legendum ejectis verbis, *sed more
civitatis* : quæ non Ulpiani, sed scioli esse, jam ob-
servavi libro 1. *Probabilium juris capite ult.* sensus
autem : Tutelæ damnari non semper neque peræ-
que natura probrum est : quia tutor non tantum
ob dolum, qui natura probrum est, damnatur ; sed
etiam ob latam & levem culpam, quæ natura pro-
brum non est : quippe cum error sit, non scelus ; &
cadat etiam in hominem idoneum : id est, in virum
bonum & integrum. Is Ulpiani sensus in *d. l. 42.*
nec est, opinor, alius in *d. l. 2.* non enim in hac vult
Ulpianus, eum cui a Præsidi mandata est jurisdic-
tio, numquam posse Consilium exercere : sed vult,
eum non semper neque peræque, ubi Præsides po-
test, Consilium exercere posse. idque verissimum
est : & demonstrat Ulpianus exemplo §. 1. ejusdem
loci : cuius verba apud Haloandrum talia sunt. *Et
si tutores vel curatores velint prædia vendere, causa co-
gnita id Prætor vel Præsides permittet : quod si mandave-
rit jurisdictionem, nequaquam poterit mandata jurisdic-
tione eam questionem transferre.* Sic in Haloandri-
no exemplari, & passim. Florentiæ editur, *Si tuto-
res*, expuncta vocula, *Et*, quid, si scribam, *Ut si tuto-
res* ? Nam his in verbis non inchoatur ab Ulpiano

novus sermo : sed subjicitur species & exemplum
principii ejusdem capituli ; prorsus, ut non abs re fu-
erit, ita totum exponi caput, Fere ubi Præsidi jus est
exercendi Consilii, etiam est ei, cui mandata ab eo
jurisdictio est : sed fere, est enim, ubi Præsides potest
Consilium exercere ; at is cui mandata est jurisdic-
tio, non potest. finge, tutores velle pupilli prædia
vendere, his decreto opus esse : Præsides aut Prætor
exercebit Consilium, & de Consilii sententia de-
cernet. quid ita ? quia ea cognitio Prætori urbano
nominatim data est Oratione Divi Severi *l. 1. D. de
rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt* : Præsides ve-
ro in provincia fungitur vice & officio Prætoris ur-
bani & omnium Romæ Magistratuum *l. 10 11. § 12. D. de officio Præsidis.* poterit igitur Præsides ea
in specie Consilium exercere, & de ejus sententia
causa cognita decernere. An & mandatarius, man-
data jurisdictione ? non dices : nam ea cognitio ne-
que mandari potest, neque mandata jurisdictione
transfertur : quia neque Imperii, neque jurisdic-
tionis est ; sed ei soli competit cui Lege nominatim
data est *l. 1. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdic-
tio* Is Ulpiani sensus : ex quo apparet, quod ini-
tio dixi, mandata a Præsidi jurisdictione, posse qui-
dem mandatarium plerumque Consilium exercere,
ubi Præsides solet exercere ; sed non passim, neque
ubique posse, ubi Præsides potest.

CAPUT XI.

*An mandatarius habuerit potestatem Judicis dandi in causis ordinarii ju-
ris ? Et quando desierit habere. Imperatoris, Gordiani, tentata resti-
tutio in l. 5. C. de judiciis.*

Nunc de Judicis datione dicendum : de qua vi-
deo quæri duplici causa. una est, quod Pau-
lus *l. 12. §. 1. D. de judiciis*, mandatario jurisdic-
tionis indulgens Judicis dationem, tantum loquitur
de Legato Proconsulis ; de aliis autem Magistra-
tuum mandatariis non loquitur. altera causa est,
quod Imperator, Gordianus *l. 5. C. de judiciis* ne-
gat, Judicem a Judice delegatum habere Judicis
dandi potestatem præterquam, si a Principe Judex
datus sit. Sed nil allatum est, cur mutem senten-
tiam, quam ante probavi *capite ix. hujus libri.* quod
enim jus est, quæve necessitas, restringendi exem-
plum Legati Proconsulis in *d. l. 12. §. 1* ? adfert e-
nim Paulus generalem regulam, Eum cui mandata
est jurisdictio, Judicem dare posse : neque idcirco,
quia pro illustranda regula utitur exemplo Legati
Proconsulis, videtur ab ea cæteros mandatarios
excludere. Sed id certum est, attendentibus præ-
sertim ad naturam jurisdictionis : quæ cum talis sit,
ut ei cohæreat Judicis datio *l. 3. D. de jurisdictione* ;
impossibile est, ut mandata a Prætoris jurisdictione
ea in causa, in qua Judex dari solet, Judicis datio
aut mandata non intelligatur, aut ad man-
datarium non transire. Quid ? quod a-
pud Ciceronem *Divinat. 6. 17.* extat exemplum
specialis Judicis, quem in causa Agonidis dedit
Quæstor Q. Cæcilius : quem cum jus dixisse Præ-
toris mandatu, hoc verisimilius est, quod & Cæsa-
rem, cum ei Quæstori ulterior Hispania obvenisset,
Prætoris mandatu Conventus jure dicundo cir-
cumvisisse, Suetonius refert in *vita ejus cap. 7.* His ac-
cedit, quod Imperatores, Theodosius & Valentinia-
nus, in *l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione judices da-
re darive possunt*, quæ est scripta ad Cyrum, Præfe-
Noodt Operum Tomus 1.

ctum prætorio, primi mutarunt rationem ejus juris :
nam his permiserunt quidem Judicis dationem, qui
haberent propriam jurisdictionem : (salva, opinor,
distinctione *l. 2. C. de pedaneis judicibus*) illis autem
qui alienam jurisdictionem administrarent, Judicis
dationem negarunt. *Alienam*, inquam, *jurisdic-
tionem*, id est, mandatam ita enim acceperim id ver-
bum *alienam* eo loco, perinde ut in *l. 3. D. de officio
ejus cui mandata est jurisdictio, § 1. D. de jurisdic-
tione.* nempe, ne alioquin insulsa sit oppositio ejus,
qui omnino alienæ, & ad se plane non pertinentis,
jurisdictionis causam delegat, & hujus, qui a Prin-
cipe delegatus est, ab eoque mandatam jurisdic-
tionem habet. Sed mutatio, quæ facta est ea in lege, Judi-
cis dationem ante mandatarii fuisse, manifeste arguit.

At Gordianus obstat *l. 5. C. de judiciis*, cum Mar-
cello rescribit, *A judice judicem delegatum judicis
dandi potestatem non habere : cum ipse judicario mu-
nere fungatur : nisi a Principe judex datus fuerit.* Nisi
vult Gordianus, Judicem specialem, qui a Judice,
id est, a Magistratu quem Hieronymus, *Epist. ad Ne-
potianum, p. 17.* Judicem provinciæ appellat, nudam
notionem accepit, non posse alium Judicem dare. Et
ita est : Judex delegatus apud Gordianum non in-
digitat mandatarium jurisdictionis ; sed specialem,
seu datum, Judicem : pariter ut apud Imperatores
in *d. l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione judices dare da-
rive possunt.* quod ut sentiam, suadet subjecta Gordi-
ani ratio, *Cum ipse judicario munere fungatur* : nam
hujus sensus, est, Quia ipse non habet jurisdictionem
cui inest Judicis datio ; sed habet nudam notionem
quam ipse tenetur per se exercere. judicarium enim
munus est cognoscendi, pronuntiandi que, seu judi-
candi, personale munus *l. 18. §. 14. D. de muneribus* &
K 2 honori-

honoribus, quo quisque cogitur per se obire, etiam invitus, nisi habeat excusationem *l. 13. §. 2. D. de vacatione & excusatione munerum. l. 214. D. de verborum significatione*. Hic Gordiani sensus: qui si placet; est quod suspicer, sequentem clausulam *d. l. 5. Nisi a Principe iudex datus fuerit*, non esse Gordiani; sed a Triboniano, aut quo alio Juris studio, ei adscriptam ex fine *d. l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione iudices dare darive possunt*. Male tamen, aut certe non apposite: nam in *d. l. unic.* vetatur Iudex dari ab illo, qui habet alienam sive mandatam jurisdictionem; ab eoque Principis delegatus, quia jurisdictionem habet, etsi in una causa specialiter delegatus sit, recte excipitur; verum *d. l. 5.* prohibet, Iudicem dari a speciali seu addicto Iudice: cujus etsi sit notio aliqua ea in causa, in qua a Magistratu datus addictusque est, tamen jurisdictio nulla est: a quo proinde, nisi inepte, excipi non potest Principis delegatus; qui & jurisdictionem habet, & hanc vel in una causa, vel etiam in universitate causarum: ut in sequente Inscriptione.

C. VALERIO. POPLICIO

COS. ORD. ITEM COGNOSCENTI
AD, SACRAS. APPELLATIONES

Item in illa apud Manutium *De Orthographia p. 25.*

L. Caesonius. C. Fil. Quirina. Lucillus
Macer Rufinianus. Cos. Frater. Arvalis
Praef. Urbi. Electus. ad. cognoscendas,
vice. Caesatis cognitiones. &c.

Alia apud eundem pag. 494.

M. Maecio. Memmio &c. Judi
ci. Sacrarum Cognitionum
Tertio. Iudici. Iterum. ex. De
legationibus. Sacris. Prae.
fecto. Praetorio. et. Iudici
Tertio. Consuli. Ordinario.

Quod si tamen quis apud Gordianum delegatum Iudicem interpretetur mandatarium jurisdictionis, qualem sensum ei aut Interpres, aut Tribonianus, tribuit; sensus falsus erit: quia Iudicis datio mandatario jurisdictionis nusquam ablata est, non modo ante Gordiani tempora, sed ne per Gordianum quidem in *d. l. 5.* quia in ea non jus novum conditum est, sed Marcello tantum ad factum rescriptum est.

CAPUT XII.

De jurisdictione, quae prorogata appellatur. Eam confirmari Lege Julia privatorum judiciorum: nasci autem ex qualicumque expressa conventionione, sive nuda sive non nuda.

Post mandatam jurisdictionem, quam diximus alienam videri, superest, ut de ea disputemus, quae Magistratui, cujus est aliqua, quamquam incompetens, jurisdictio, litigantium conventionione vel tribuitur, vel augetur. Ea jurisdictio vulgo prorogata appellatur minus recte: nam prorogatio proprie temporis est; terminorum autem jurisdictionis aut imperii non tam prorogatio dicitur, quam prolatio vel propagatio: ut verissime animadvertit amicus & Collega meus, V. CL. Jacobus Perizonius *Animadversionibus Historicis, cap. vi. pag. 229. & seqq.* Factum tamen est docentium usu, ut & prorogari diceretur jurisdictio; cum litigantium consensu profertur ultra terminos, quibus includitur. Est vero & illa quodammodo species alienae jurisdictionis, sed quae ex auctoritate Legis Juliae judiciorum privatorum consensu ei, cujus est aliqua jurisdictio, sic acquiritur, ut mandata jurisdictio mandantis voluntate vel Magistratui, vel privato cuivis, datur more majorum. Quae autem verba Legis Juliae fuerint, non, puto, facile dictum est: nusquam enim extant; praeterquam quod Ulpianus *l. 2. §. 1. D. de judiciis* prodidit sequentia, QUO MINUS INTER PRIVATOS CONVENIAT. Sensum tamen Ulpianus expressit *l. 1. D. eod. tit.* cum inquit *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio*. Ex quo apparet, eam Legis Juliae mentem fuisse; ut, si quis conventionione sua se subjecisset alterius jurisdictioni, ab eoque ei jus dictum esset, hoc tam ratum haberetur, quam si jus ei dictum foret in proprio & competente foro. Pertinet vero ea Lex in primis ad utilitatem privatorum: scilicet, ut ex ipsorum consensu fiat aliquanto facilior ratio expediendi juris. Sed cum duplex fuerit Lex Julia judiciorum, una publicorum, altera privatorum; magis videtur hoc caput de quo agimus, esse Juliae privatorum judiciorum; cum praesertim

Ulpianus idem caput (ut liquet ex Inscriptione *l. 1. & 2. D. de judiciis*) interpretatus sit libris ad Edictum; quibus illeneque publica judicia exposuit, neque eorum ordinem aut formam; quippe cum nec de his propositum esset Edictum: sed iis persequutus est ordinem & formam privatorum judiciorum; ad quae spectabat ratio Edicti perpetui, & Lex Julia privatorum judiciorum; ut ex Fragmentis quae supersunt, satis intelligi potest. E re erit, eam Legem paulo diligentius considerasse.

Ait Lex, *Quo minus inter privatos conveniat.*

Conventio est duorum pluriumve in idem placitum & consensus: eaque conventio aut expressa est, aut tacita: expressa; ut si quis se alterius foro palam verbis subjiciat; vel si verbis fori sui privilegio renunciaret; haec conventio aut nuda est, aut non nuda: nuda finitur solo paciscentium placito & consensu: non nuda est, verbi gratia, quae in contractum transit. At utra conventio sit, qua quis se alterius jurisdictioni subjiciat, nihil refert: quia Lex simpliciter ait, *Quo minus conveniat*. Sufficit igitur, conventum esse: conventionis autem verbum utramque complectitur conventionem: id est, tam nudam, quam non nudam. Neque videtur huic expositioni resistere, quod ex pacto nudo Jure civili actio neque datur, neque tollitur. Nam cum quaeritur, an jurisdictio nuda conventionione prorogetur; non hoc vertitur, an ob nudam conventionem danda de foro paciscenti sit nova actio: minime: id quaeritur, si quae actio ei ante competiit aut civili aut praetorio Jure; an illa actio, ob subsequentam nudam conventionem de proroganda jurisdictione, possit institui alio in foro, quam in quo, absque conventionione foret, instituenda esset. Quod mihi videtur: nam si paciscor, ut possim alio in foro, quam meo, conveniri; hoc ago, ut fori mei privilegio renunciem: nemo autem ambigit, quin nuda conventio ea in specie ad prorogandam jurisdictionem sufficiat; estque exemplum apud Paulum

Paulum l. 1. D. Si quis in jus vocatus non ierit, & Ulpianum l. 7. D. Qui satisfacere cogantur. quid nimirum, si pactus sim, ut alio in foro quam meo, conveniar, sufficiet? finge, me conveniri, & ingressu litis fori exceptionem opponere: utique erit tibi jus, eam elidere per replicationem pacti conventi; cum constet, ex pacto nudo, etsi actio non detur, tamen exceptionem dari pr. Inst. de replicationibus. Atque hoc Justinianus probat l. pen. C. de pactis.

Sed contra Africanus l. 18. D. de jurisdictione. Verba Africani. Si convenerit, ut alius Prætor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare. En, inter duos convenit, ut alius pro alio Prætor adiretur: ait Africanus, neminem compelli, isti conventioni stare; si voluntas mutata sit, antequam adiretur Prætori quid ita? dices, quia ea conventio est nuda, & ideo ad prorogandam jurisdictionem invalida; sed non est ita, neque id movit Africa-

num: quid ergo? hoc opinor, quod inter duos quidem convenit de proroganda jurisdictione, sed ea conventio deinde utriusque contraria voluntate rursus sublata est. Ita mihi placet: nec dubito, quin convenienter his verbis, Si convenerit, id est, si inter duos convenit: item illis, Mutata voluntas fuerit, id est, utriusque voluntas mutata fuerit contrario pacto: tum hoc exigunt ista, Procul dubio nemo compelletur: quæ non alterum litigatorem, sed utrumque, indicant. adeo sensus est: Procul dubio neuter eorum compelletur. Sit ita: at quæ dubitatio est illa in specie? probabilis & justa: scilicet, an jurisdictio privata litigatorum pactione possit aut prorogari, aut propagata tolli, priusquam audiretur Prætor: adeo antequam impetraretur consensus ejus cujus præjudicium videtur verti. Hæc quærendi causa: ad quam, nescio, an alludant hæc Africani verba, Et priusquam adiretur. Ulpianus certe eam difficultatem & movet & definit l. 2 §. 1. D. de judiciis: ut infra capite XIV. ostendetur.

CAPUT XIII.

Prorogationem jurisdictionis etiam tacita conventionione fieri; & hanc litis contestatione intelligi. Verba, Post litem contestatam, expuncta in l. 4. C. de jurisdictione.

Tantum de expressa conventionione: tacita sit actionis susceptione: ut si quis in jus vocatus venit ad Prætozem non suum; ibique conventus, aliis defensionibus, quam fori exceptione, usus sit. ita est: si quis omitta hac exceptione, litem sit apud Prætozem, alioquin incompetentem, contestatus; prope est, ut in eum litis contestatione consensisse, & fori exceptioni renuntiassent intelligatur; itaque ad eam deinde, quamvis ante sententiam, reverti non possit. Pertinent huc l. 52. D. de judiciis, l. 30. D. eod. tit. & l. ult. C. de exceptionibus.

Video, Constantinum quoque huc referri l. 4. C. de jurisdictione, cujus verba sunt. Nemo post litem contestatam ordinariæ sedis declinet examen: nec prius Præfecti prætorio, aut Comitum Orientis, vel alterius Spectabilis judicii imploret auxilium: sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat. Sed error est: cui causam dedit Glossa, quam subesse illa in lege, nisi fallor, vere conjecerim: legendum certe, Nemo ordinariæ sedis declinet examen, disjunctis verbis, post litem contestatam: quæ loci sensum faciunt plane ineptum; vetat enim Constantinus; ne quis habens ordinarium Judicem, qui est Præses provinciae, adversarium suum ad Præfectum prætorio, aut Comitem Orientis, aut similem superiorem Judicem provocet; sed ad ordinarium, id est, ad Præsidentem; utque ad sacrum auditorium, quod est Præfecti prætorio aut Comitum Orientis, demum veniat per appellationem, sententia a Præsidente, id est, ab ordinario Judice, lata. Sic mihi videtur, & Constantinum Ordinariam dixisse sedem, quæ est Præsidentum: qui & ordinarii Judices dicuntur l. 33. C. de Episcopis & Clericis, & ordinariam dignitatem gerere l. 7. C. de officio Rectoris provinciae: Sacrum vero auditorium esse Præfecti prætorio, res loquitur, & l. 67. C. Theod. de appellationibus. Hæc fere ita scripseram, & ad ulteriorem deposueram deliberationem; cum deinde aliud agens, forte incidere in l. 6. Cod. Theod. de jurisdictione: ad quam comperi conjecturam V. Cl. Jacobi Go-

thofredi, ab hac mea non abhorrentem; dicam autem, quod res est, ingenue: simul videbam eam, pigebar me, quod me primum animadvertisse existimabam, id ab illo jam occupatum esse: at re ulterius perpenſa, ipse mox cœpi hanc meam ridere ambitionem: gravissusque sum, quod ex suspitione in adversariis meis annotaveram, id judicio viri eruditi ac præclari (addam, & auctoritate similis sententiæ d. l. 6.) confirmatum videre.

Ex ante dictis liquet, jurisdictionem sive suscepto judicio, sive contestata lite, velut tacita conventionione, prorogari. Non idem dixerim de in jus vocatione; ne si reus quidem, qui vocatus ad Prætozem non suum, ad eum veniat in jus; ibique desideret, sibi edi genus actionis: quia ob id neque suscepit judicium, neque in Prætozem consensit: tantum petiit, sibi demonstrari formulam, qua actor usus est; simul, indulgeri sibi spatium ad deliberandum, utrum cedere, an ultra contendere, hoc est, judicium suscipere, debeat, l. 33. D. de judiciis, juncta l. unic. C. de litis contestatione. Non ignoreo, contra moveri l. 7. D. eod. tit. in qua ait Ulpianus, Si quis, posteaquam in jus vocatus est, miles, vel alterius fori esse cœperit: in ea causa jus revocandi forum non habebit, quasi præventus. At multum interest; utrum quæatur, num quis Prætori, cui non est subiectus, sola in jus vocatione subjiçatur; an quæatur, num quis desinat ad Prætoris, cui subiectus est, jurisdictionem pertinere eo, quod posteaquam ad illum vocatus est, alterius fori, vel ob militiam, vel ob quam aliam causam, esse cœperit: nam in priore specie non sola sufficit in jus vocatio; sed præterea desideratur judicii susceptio, id est, consensus in Judicem ad quem facta est vocatio: in posteriore specie non prodest in jus vocato subsecuta militia; sed sola vocatione in jus præventus est: quia vocatus fuit ad suum Prætozem: eaque re jus quæsitum fuit vocanti: cui non potuit vocatus deinde id tollere mutata conditione.

CAPUT XIV.

Si error aut metus in conventione intervenit, non videri jurisdictionem prorogari. Ad jurisdictionis prorogationem non desiderari Prætoris consensum, sed litigatorum.

U T igitur prorogetur jurisdictio, vult Lex Julia, conveniri vel palam, vel tacite. Quid, si conveniatur, sed errore? finge, Titium putasse, jurisdictionem esse ejus, in quem consensum est; aut putasse, alium pro alio Prætorem esse aditum: an videtur convenisse? non placet: quia error litigatorum non habet consensum; sine consensu autem, quæ conventio dicetur? *l. 2. D. de judiciis, & l. 15. D. de jurisdictione.*

Idem de metu dicendum *d. l. 2. D. de judiciis*, nam etsi electionem habeat metus, si ad finem spectes; tamen si ad initium respicias, inest ei necessitas, voluntati adversa; proinde si restitisset quivis ex litigatoribus, sed viribus præturæ sit compulsus: potest quidem videri in Prætorem consensisse; sed, quia extortus ei consensus est adversus bonos mores; ideo legibus probari non potest. Hoc sane vult Seneca Pater, *lib. 4. Controv. 26.* sic loquens. *Lex vim passo succurrit, & iniquum illi videtur, id ratum*

esse, quod aliquis, non quia voluit, pactus est, sed quia coactus est. Nihil autem refert per quem illi necesse fuit. iniquum enim quod rescinditur, facit fortuna ejus, qui passus est, non persona facientis.

Oportet igitur conventum esse. Utrum a litigatoribus tantum; an etiam a Prætore? sed sufficit, inter litigatores convenisse, propter illa Legis Juliae verba, *Quo minus inter privatos conveniat.* respicere enim ad litigatores, non ad Prætorem, bene Ulpianus monet *d. l. 2. §. 1. D. de judiciis*. Interim quia fuit de hoc apud Veteres dubitatum, ideo Ulpianus, velut timide & dubitanter, *Et puto, inquit, defendi posse ejus esse jurisdictionem.* quod non dixisset; si ea restum certa atque indubitata fuisset. Atque ad hanc dubitationem allusit, opinor, Africanus *l. 18. D. de jurisdictione*. Sed & Justinianus *l. pen. C. de pactis* probat, talia pacta valere, & a privatis, etiam inconsulto Prætore, fieri posse.

CAPUT XV.

Oportere eum in quem fit prorogatio jurisdictionem habere pro tribunali, aut aliam. Et quæ ista?

S Ed non sufficit, inter litigatores de proroganda jurisdictione esse conventum: verum amplius oportet eum, in quem jurisdictio prorogatur, habere jurisdictionem hoc ideo, quia *Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli præst judicio nec, quod is statuit, rei judicata continet auctoritatem l. 3. C. de jurisdictione*. Id tamen si est, ne poterit quidem privatorum consensus habenti jurisdictionem, sed incompetentem, jurisdictionem prorogare: quando nihil refert, utrum omnino quis non habeat jurisdictionem, an habeat incompetentem. At non est ita: nam si quis habeat jurisdictionem, quæ prorogatur partium consensu, eam quamquam incompetentem, tamen quia jurisdictio est, Lex Julia confirmat, & competentem facit *l. 1. D. de judiciis*. quod in illa, quæ nulla est, non fit *d. l. 3. C. de jurisdictione*. Igitur oportet eum, in quem prorogatur jurisdictio, habere jurisdictionem. Sed qualem? parum refert: generaliter enim loquuta videtur Lex Julia judiciorum, vel Ulpiano teste *d. l. 1. ubi, Si inquit, se subjiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant: inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præst, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio*. Vides ab Ulpiano dici, prorogationem fieri in Judicem quemvis qui tribunali præst, vel aliam jurisdictionem habet. ille autem, *Qui tribunali præst*, Ulpiano indigitat majorem Magistratum: ut is, qui pro tribunali cognoscit in *l. 2. D. de re judicata*. putem tamen, etiam complecti eum, qui mandatam jurisdictionem administrat: nam supra ostendi, hunc Magistratus jure & vice uti, ideoque & tribunali præesse; at cum ait Ulpianus, *Vel aliam jurisdictionem habet*, significat eos, qui minora judicia exercent: de quibus ita Asconius Pedianus in *Divi-*

nat. in Verrem pag. 34. Alii alienum non nomen proprium putant esse, sed alienum, & alterius judicii, & non ex auditorio Prætoris, majorumque causarum, sed a subselliis, hoc est, non a tribunalibus. Sunt enim subsellia Tribunorum, Triumphorum, Quæstorum, & hujusmodi minora judicia exercentium, qui non in sellis curulis, nec in tribunalibus, sed in subselliis considebant. His adde Magistratus municipales: nam hi intra territorium suum, vel, (ut ait *l. 10. C. de Decurionibus*) intra metas territorii propriæ civitatis, habent jurisdictionem usque ad certam summam; sine tribunali tamen; & ideo Pedanei Judices appellantur: uti demonstravi *capite 3. libri 1.* Intra, inquam, territorium suum: nam (ut Paulus scribit libro 1. Ad Edictum, quo exposuit jurisdictionem Magistratus municipalis) *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. idem est, & si supra jurisdictionem suam velit jus dicere l. ult. D. de jurisdictione*. Tamen inter convenientes & de re majore apud Magistratus municipales agatur. ut idem Paulus commodè eodem libro 1. ad Edictum scribit *l. 28. D. Ad municipalem*: quæ Lex superiori sic optime adjicitur.

Ex his apparet, Lege Julia desiderari, ut is in quem prorogatio fit litigatorum consensu, habeat jurisdictionem, sive pro tribunali, sive aliam, idque in civilibus causis verum est: nam de his loquuta Lex videtur, sed, an in criminibus procedat, quæri potest? & non puto, procedere. primum, quia ad crimina pertinet Lex Julia publicorum judiciorum; Julia autem privatorum ad crimina non pertinet. deinde non meminimus, me in Fragmentis Veterum ulquam legere exemplum factæ in his prorogationis; præterea est

est ratio neque inelegans, neque iniqua, quæ eam prorogationem in his inhibeat; ea ratio est, quod criminales causæ magis spectant ad vindictam publicam, quam ad privatam utilitatem: & quamquam privatis optime jus fiat, causas suas pactis conventis in aliud forum transferre; (cum æquum

sit, eos esse privatæ arbitros utilitatis) non tamen iis dandum fuit, ut etiam publicam ultionem co transferant, quo ipsis videatur, & hanc interim specie legum prævaricando eludant.

* *

Explicit. Liber II. de Jurisdictione & Imperio.



ELENCHUS

Capitum utriusque libri de Jurisdictione
& Imperio.

LIBRI PRIMI.

CAP. I. Quid jurisdictio sit, & quam late pateat. Pag. 81

II. Jurisdictionem & imperium tantum nominis sono distingui. Ulpianus l. 3. D. de jurisdictione expositus, salva lectione hætenus recepta. 82

III. Quo sensu Ulpianus & Paulus imperium & jurisdictionem distinxerint l. 4. D. de jurisdictione, & l. 26. pr. & 1. D. Ad municipalem. 83

IV. De mero imperio, seu gladii potestate. id quo sensu merum dicatur, & a mixto imperio separatur. Cognitionem & decretum meri imperii partem facere. 85

V. Mixti imperii partes duas esse, decretum, & judicis dationem 86

VI. De origine ejus divisionis: antiquam esse, & cum urbe Roma cœpisse. ibid.

VII. Pratorem in quibusdam causis per se cognovisse, in quibusdam per judicem datum, tertium genus nullum fuisse. l. 2. C. de pedaneis judicibus disuncta. 87

VIII. Pratorem de jure, deque æquo & bono, judicem de facto judicasse, & quemadmodum. 88

IX. Utrum liberales causæ fuerint ordinarii juris, an extraordinarii, plena & accurata disputatio. l. 2. C. de ordine judiciorum exposita, & quadam alia. 89

X. De decreto. Pratorem alia pro tribunali, alia de plano definiisse. Et quid sit de plano cognoscere, quid pro tribunali, quid per libellum. Summatim & de plano non semper idem fuisse. De dispositione dierum conventus, & ordine cognitionum, deque humanitate, aut peregrinis & longe venientibus, aut militibus, extra ordinem exhibenda.

Ulpiani & Senecæ tentatus locus. 91

XI. Pro tribunali nihil potuisse cognosci sine Consilio. Pro tribunali Pratorem, simul Consilium, sedisse. Consilarii seu Assessores an & quemadmodum judices appellati. 92

XII. Pratorem Romæ aut Decemviros litibus judicandis aut Centumviros, Præsidem in provincia Recuperatores viginti, in Consilium adhibuisse. Decemvirum judicium non fuisse separatum a Pratoria cognitione. 93

XIII. De Judicium datione. Eos a Pratore aut Præside eligi solitos, & in album atque in decurias referri. Selectorum publicum & necessarium fuisse munus; nisi excusarent se ob privilegium vel justam causam. Cum Judex dandus esset, non alium dari potuisse a Pratore, quam sorte, atque ex Selectis. fuisse & sine sorte datum ex litigatorum consensu: & quæ in utroque genere fuerit differentia. Judicem, cum addiceretur, tantum notionem accepisse, nihil præterea: solitamque ei præscribi Formulam cujus terminis includeretur notio & potestas ejus. An potuerit actor post litem contestatam aut emendare aut mutare actionem, aut ab ea desistere, invito reo? & quid juris, si a Pratore impetraret in integrum restitutionem causa cognita? Item quid juris, si Judex Formulam egrederetur ex consensu litigatorum? Formulam fuisse aut angustam, aut latam. Hujus differentia effectus insignis. 94

XIV Ulpianus l. 7. D. de dolo malo emendatus. 98

XV. De litis contestatione & effectu ejus. Judex quomodo cognoscat, & ubi? Imperator Alexander restitutus l. 10. pr. & §. 1. C. de fidejussoribus & mandatoribus & responsum his, quæ contra moventur. 99

LIBRI SECUNDI.

CAP. I. De mandata jurisdictione & ejus origine: item quid sit mandare jurisdictionem. 102

II. Jurisdictionem vel universam mandari, vel ejus partem. parte mandata, quid juris? universam mandata, mandatum intelligi totum juris dicendi officium: quatenus tamen mandanti competit, jure Magistratus sui. quod si ei specialiter lege deferatur non videri mandatum. 103.

III. Quid sit specialiter aut nominatim delegari. 104.

IV. An potuerit merum imperium mandari palam. Ad Papinianum l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Extraordinarium mandatum quid sit apud Ulpianum l. 6. D. de officio Proconsulis & Legati. 105

- V. Merum imperium mandari potuisse ex permissu legis; sed non alii, quam cui voluit Lex publici iudicii, aut Princeps. Index quaestionis qualis fuerit, queque ejus partes. 106
- VI. Vicarium urbis Romae ex Codicillis Principis merum imperium exercuisse, mandante Praefecto urbis: cognovisse & cum Praefecto. An Praefectus urbis potuerit merum imperium mandare alii, quam Vicario? & quid, si non esset Vicarius, atque ipse morbo diuturno impediretur? 107
- VII. An adoptio, emancipatio, & manumissio, mandari potuerint? Paulus l. 17. §. 1. D. de manumissis vindicta ex conjectura emendatus. 108
- VIII. Tutela dationem alius mandari potuisse, imo non potuisse. 109
- IX. An mandatarius jurisdictionis tribunali usus fuerit in causis cognitionis? 110
- X. Mandatario fuisse potestatem Consilii exercendi. Ulpianus emendatus & illustratus l. 2. D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio, & l. 42. D. de verborum significatione. ibid.
- XI. An mandatarius habuerit potestatem iudicis dandi in causis ordinarii juris? & quando desierit habere. Imperatoris Gordiani tentata restitutio in l. 5. C. de iudiciis. 111
- XII. De jurisdictione, quae prorogata appellatur. Eam confirmari Lege Julia privatorum iudiciorum: nasci autem ex qualicumque expressa conventionione, sive nuda, sive non nuda. 112
- XIII. Prorogationem jurisdictionis etiam tacita conventionione fieri; & hanc liti contestatione intelligi. Verba, post litem contestatam, expuncta in l. 4. C. de jurisdictione. 113
- XIV. Si error aut metus in conventionione intervenit, non videri jurisdictionem prorogari. Ad jurisdictionis prorogationem non desiderari Praetoris consensum, sed litigatorum. 114
- XV. Oportere eum, in quem fit prorogatio, jurisdictionem habere pro tribunali, aut aliam. Et quaesta? ibid.



GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

A D

LEGEM AQUILIAM
LIBER SINGULARIS.

Editio prima in Germania post quartam Lugduno-Bataviensem.

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AD

AD LEGEM AQUILIAM LIBER SINGULARIS.

P R Æ F A T I O.

Iculus hujus libri vix desiderat commendationem : plana legis Aquiliæ via & ad tuendam publicam disciplinam opportuna. nam ut jam nihil dicam de duplici pœna, qua inficantium temeritatem laudabili severitate castigat : ut non addam quoque, quod damnum injuria datum singulari exemplo taxat tanti, quanti res intra annum proximum, aut intra dies triginta proximos, fuerit plurimi : nonne suffecerit demonstraturo providentissimæ legis utilitatem, eam occurrere non uni aut alteri damni formæ, sed plerisque, quibus plebejorum humiliumque præsertim hominum servus, pecus, aliudve animal cicuris, feræve naturæ occidi, aut hæ res, cæteræve mobiles, immobiles, viles, pretiosæ, solent uri, frangi, rumpi, injuria aliquando æqualium, sæpe nobilium, potentiumve : quibus plebs de die & nocte, in urbe & ruri, in celebritate & solitudine, terra marique, hoc magis obnoxia est, quo magis illis a dignitate, opibus, aut natalibus, spes impunitatis, isti ab obscura & tenui conditione difficilior vindicta est ? nec tamen Aquilia tantum plebi succurrit, quamquam lata videtur ejus causa : sed omnium peræque civium paci ac securitati consulit ; nec magis distinguit, utrum damnum fiat dolo malo, an imprudentia : cui causam

præbeat error, ira, sævitia, ebrietas, avaritia, libido, imperitia, infirmitas, negligentia, lascivia, aut alia vitia, quæ humanitatem obsederunt hætenus, & obsidebunt porro. adeo ea lex qualemcumque arceat injuriam : a qua abhorreat pietas, & modestia, id est, veneratio humanæ conjunctionis : neque erraverit, qui dixerit, eam esse everriculum omnis non solum malitiæ, sed etiam culpæ vel levissimæ ; eoque fines suos non, ut pleræque solent leges, angusta innocentia, sed virtute & sapientia, metiri : & cum illæ communi fragilitati multa indulgeant, quæ aliquin non probet ratio ; hæc nihil, nisi quod naturæ lege absolvatur, innoxium haberi : qua re factum est, ut quam publice utilis est Aquilia, tam cognoscendi voluptate jucunda sit ; Jurisque studium non minus oblectare, quam adjuvare possit : ac si in factis elegantia & varietas quæratur, si in definitionibus prudentia servandæ humanæ societatis, quidquid ab his laudatur, id suppeditet. Proinde visa mihi est digna, cujus primo & tercio capiti (secundum enim ignoratur) diligentiam interpretando adhiberem ; fuit, cum cogitarem, etiam cæteris dare lucem : sed, spero, erunt decora ingenia, quæ non gravabuntur, ubi mea substitit mediocritas, inde laudis materiam petere. Interim ab auctore legis Aquiliæ, & numero capitum, faciam disputandi initium.

C A P U T I.

Auctorem & capita legis Aquiliæ videri incerta.

Satis constat, legem Aquiliam plebiscitum esse, auctoremque ejus Aquilium, Tribunum plebis, haberi *l. 1. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*. Sed, quia plebiscita lege Hortensia legis vim acceperunt, quid mirum, plebiscitum legis appellatione contineri ? Atque id vulgo notum. hoc nulli, quis ille Aquilius fuerit. Esse scio, qui censeant, fuisse Cajum Aquilium Gallum, cui Aquiliana stipulatio, & de dolo malo, aliæque formulæ debentur. Sed nihil extricant : quamquam sibi Aquilii sono nominis blandiuntur ; id enim non proprium unius hominis aut familiæ, sed commune gentis Aquiliæ est : ex qua & plures Tribunos plebis in annalibus producit Pighius. adde, quod vetustior lex Aquilia est, quam ut auctorem ferat Gajum Aquilium Gallum ; maxime facta comparatione ætatis Bruti & Q. Mucii, qui ejus interpretes laudantur *l. 30. & l. 27. §. 22. D. Ad legem Aquiliam* : quorum illum ante Gallum Aquilium vixisse, istum Galli Aquilii præceptorem

fuisse, jam dudum observarunt eruditi homines ex Pomponio *l. 2. §. 39. 40. 41. & 42. D. de origine juris*.

Æque non liquet mihi, quot fuerint legis Aquiliæ capita : etsi Theophilo sedet ad pr. *Inst. de lege Aquilia*, tantum tria fuisse : quorum mentio *l. 1. pr. l. 27. §. 4. & §. 5. D. & pr. §. 12. & 13. Inst. eod. tit.* Sed ut putem, plura fuisse, mover me, quod Imperator Justinianus addidit caput de damni injuria noxali actione *§. 4. Inst. de noxali actione*. Etiam prodidit Gajus *l. 2. §. 1. D. Ad legem Aquiliam* caput de inficiatione : eoque respicit sequens Ulpiani Inscriptio sub *Tit. 2. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*. Ulpianus lib. XIX. ad Edictum sub tit. *Si fatebitur injuria occisum esse in simplum*. Quamquam ea Inscriptio in vitio est, ut Pithæus vidit, & sic dispungenda. Ulpianus lib. 18. *Ad Edictum sub &c.* Arguit id Inscriptio *l. 27. D. Ad legem Aquiliam* : in cujus §. 17. extat idem Ulpiani locus, qui in *d. Tit. 2.* refertur. Ad hæc meminit Ulpianus *l. 5. §. 2. D. de servo corrup-*

to capitis ex eadem Lege de actione servi corrupti : cuius vestigium V. CL. Claudius Chiffletius, *Disquisitione de secundo capite legis Aquiliae*, in his Plauti sectatur verbis, quæ sunt in *Pœnulo act. 3. sc. 4.*

Vidistis, leno cum aurum accepit? Ad. vidimus.

Ag. Eum vos esse meum servum scitis? Ad. scivimus.

Ag. Rem adversus populi sape leges? Ad. scivimus. Sed frustra : quamenim Plautus vocat Populi Legem, non est lex Aquilia de servo corrupto, sed lex XII. Tabularum de furto nec manifesto. ex ea fingitur Agorastocli nata esse actio in duplum adversus lenonem, qui videbatur ei furtum fecisse inficiatione recepti servi & argenti ad eum pertinentis. Plautum audi eadem scena.

Ag. Si exierit leno, censetis hominem interrogem, Mens servus si ad eum venerit, nec ne? Ad. quippini?

Ag. Cum auri ducentis nummis Philippis. Ad. quippini?

Ag. Ibi extemplo leno errabit. Ad. qua de re? Ag. rogas?

Quia centum nummis minus dicetur. Ad. bene putas.

Ag. Alium censebit queritari. Ad. scilicet.

Ag. Extemplo denegabit. Ad. Juratus quidem.

Ag. Homo furii se adstringit. Ad. haud dubium id quidem est.

Et act. 1. sc. 1.

Ml. Rogato, servos veneritne ad eum tuus.

Ille me censebit queri. continuo tibi

Negabit. quid tu dubitas, quin extemplo

Dupli tibi auri & hominis fur leno fiet?

Illud non addiderim, etsi multis videtur, etiam lege Aquilia nominatim fuisse cautum de intercepta utilitate : neque id putem colligi ex Plinii verbis, quæ de anthia pisce, & quomodo is capiatur, extant hunc in modum *lib. 9. Historiæ naturalis c. 59. Conciliatorem nosse ad hoc prodest, ne capiatur. Parcit piscator fugituro in reliquum gregem. ferunt discordem socium duci insidiatum pulchre noto cepisseque malefica voluntate : agnitum in macello a socio, cuius injuria erat, & dati damni formulam editam, condemnatumque : addidit Mutianus æstimata lite decem libris. Sed enim Plinii verba alio pertinent : ego sane ea imputem interpretationi horum verborum tertii capitis legis Aquiliae, *Quanti ea res erit : qua placuit, damno injuria dato, non tantum ruptum æstimari corpus, sed hoc præterea quod actoris interest, non fuisse ruptum.**

* *

CAPUT II.

Caput primum legis Aquilia restitutum. id caput persequi eadem servi aut pecudis. Hominem pro servo dici. Si liber homo occisus sit, directam legis Aquilia actionem cessare : sed utilem receptam videri exemplo elegantis Decreti Taurini Egnatii Proconsulis Baticæ, & subsequenti Rescripti Divi Hadriani. Ulpianus declaratus l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam. Pecus in lege Aquilia quid? Ad l. 2. §. 2. D. eod. tit.

FXposui quæ de legis Aquilia nomine auctore, & capitibus habui dicere : venio ad verba capitis primi. ea verba fuerunt, si quidem vere Gajus l. 2. D. Ad legem Aquiliam.

Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum as dare domino damnas esto.

Sic Gajus. sed primum probo conjecturam horum, qui pro quadrupedem vel pecudem reponunt quadrupedemve pecudem. legem enim Aquiliam primo capite de homine & pecude loquutam esse, patet ex capite ejus tertio quod est in l. 27. §. 2. D. eod. tit. præterea ait Justinianus, cautum esse capite primo, *Si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, qua pecudum numero sit, injuria occiderit, pr. Inst. de lege Aquilia.* Id primum observandum : hoc deinde, legem Aquiliam non domino, sed hero, vel, ut in Pandectis Florentinis est, ero dixisse, Ulpiano teste : qui id verbum interpretatur l. 11. §. 6. D. eod. tit. Sed quia est minime insolens, Veteres in recitandis Legibus magis earum sententia uti, quam verbis, idque multis ostendi potest, non his pluribus immorabimur.

Potius videbimus, quando locus sit capiti primo legis Aquiliae. & apparet, tum esse, si quis alienum servum, alienamve servam, quadrupedemve pecu-

dem, injuria occiderit : sic enim sonant ejus verba. *Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedemve pecudem injuria occiderit.* Primum ait lex, *Servum servamve alienum alienamve.* Imperator Justinianus pr. *Inst. de lege Aquilia* in recitatione hujus capitis meminit *Hominis alieni.* ipsa quoque lex Aquilia infit tertio capite, *Ceterarum rerum præter hominem & pecudem occisos l. 27. §. 5. D. Ad legem Aquiliam.* Sed utrimque hominem pro servo accipe : ut in illo Lampridii, *Alexandro Severo c. 23. De omnibus hominibus per fideles homines suos semper quaesivit pro, per fideles servos suos.* Eodem sensu Imperator §. 9. *Inst. de lege Aquilia, Si quis, inquit, hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit : id est, servum tuum.* Honorius quoque & Theodosius l. ult. C. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est.* Verba Honorii & Theodosii Dominos ita constringi manifestum est actione prætoriana, quæ appellatur quod jussu, si certam numerari præceperint servo actorive pecuniam. Igitur sancimus, ut qui servo, colono, conductori, procuratori, actorive possessionis pecuniam commodat, sciat dominos possessionum, cultoresve terrarum obligari non posse : neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendantur absentium, in id trahere convenit. Ita legendum ex l. unic. Cod. Theod. *Quod jussu.* Sed vulgo editur, quibus homines plerumque commendant absentem.

sentem. quam scripturam Triboniano imputat V. Cl. Jacobus Gothofredus, causatus, eum fugisse, absentium homines pro absentium servis dici. Sed non tam imperitus fuit usus ejus vocabuli Tribonianus, ut is error illi potius, quam Scribæ librario, imputandus videatur.

Quidquid erit; lex Aquilia tantum loquitur de servo, non etiam de homine libero. nempe, quia vult, domino sarciri damnum injuria datum; liberum autem corpus, paterfamilias, verbi gratia, neque dominum habet, neque æstimationem recipit *l. 13. l. 36. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. l. 1. §. 5. D. de dejectis & effusis*. filius etiam familias etsi quodammodo sit in dominio patris sui, ab eoque vindicari possit ex jure Quiritium; (ut præter Ulpianum *l. 1. §. 2. D. de rei vindicatione* ostendit Lactantius *lib. 4. Divin. inst. c. 3.* & Dionysius Halicarnassensis *lib. 8. Antiq. Rom. c. 13.*) tamen quia alioquin habet liberum caput, (ut Ulpianus loquitur *tit. xi. §. 5.*) si occisus sit, quantum ad corporis æstimationem attinet, Aquilia cessat: quemadmodum, si filium familias vulneravit quadrupes, cessat directa actio. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur *l. 3. D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*. Sed quod ad impensas medicinæ spectat, aut ad mercedes Medicorum, aut ad operas, quibus pater caret, & cariturus est propter occisum filium, dubitari possit, ne patri utilis actio quasi ex mente legis dari debeat. Quod cum Ulpianus in vulnerato probet ex capite tertio *l. 5. §. ult. l. 7. D. Ad legem Aquiliam*: quid ni, si occisus sit, vel statim, vel post tempus, ex primo statuas? Atque huc tendit Decretum quoddam Taurini Egnatii, quod a Divo Hadriano comprobatum, nescio, an huic actioni ac juri forte & exemplum præbuerit & initium. Ejus Decreti & Rescripti verba, quia habent pulchram & elegantem definitionem, adscribam ex *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum Tit. 1.* Sunt autem hæc. Ulpianus libro & titulo, quo supra, Cum quidam per lasciviam causam mortis præbuisset, comprobatum est factum Taurini Egnatius Proc. Batice a Divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. Verba consultationis & rescripti ita se habent. Inter Clodium, Optime Imperator, & Euaristum cognovi, quod Clodius Lupi filius in convivio, dum sago jactatur, culpa Marii Euaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur, ac, quamvis apparebat nullam inimicitiam cum Euaristo fuisse, nec cupiditatis culpam, coërcendum credidi, ut ceteri ejusdem ætatis juvenes emendarentur. Ideoque Mario Euaristo urbe Italia provincia Batice in quinquennium interdixi, & decrevi, ut impendii causa duo millia patri ejus persolveret Euaristus, quod manifesta ejus fuerit paupertas. Verba rescripti. Pœnam Marii Euaristi recte Egn. Taurine moderatus es ad modum culpa. refert enim & in majoribus delictis consulto aliquid admittatur, an casu. & sane in omnibus criminibus distinctio hæc pœnam aut justam provocare debet, aut temperamentum admittere. Hæc Ulpianus: ex quo apparet, Taurinum Euaristo, qui per lasciviam præbuerat causam mortis Clodii, Lupi filii, non tantum urbe, Italia, provinciaque, in quinquennium interdixisse, sed præterea decrevisse, ut is defuncti patri pro impendiis duo millia persolveret, idque a Divo Hadriano approbatum esse. quod his, quæ dixi, convenit.

Neque abhorret a sequente Ulpiani definitione, quæ est in *l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam*.

Si (quis) in colluctatione, vel in pancratio, vel

pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, siquidem in publico certamine (alius alium occiderit) cessat Aquilia: quia gloria causa & virtutis, non injuria gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit: quoniam ingenui solent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane, si cedentem vulneraverit, erit Aquilia locus, aut si non in certamine servum occiderit, nisi domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.

Proponitur publicum certamen: hoc ipsum non servorum, sed ingenuorum, in eo certamine alter alterum occidisse dicitur: & quæritur, an legi Aquiliæ locus sit? id vero negat Ulpianus; & addit, quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia, damnum datum videtur. Hoc, si homo ingenuus in publico certamine non injuria occisus sit. Quid, si injuria? mihi dubium non est, quin Ulpianus adhuc faciat legi Aquiliæ locum: nam aliter statuentibus, inanis quæstio sit; an, si homo ingenuus in publico certamine non injuria occisus sit, lege Aquilia agi possit. Sic mihi videtur, & sequentia verba, Hoc autem in servo non procedit: quoniam ingenui solent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane, si cedentem vulneraverit, erit Aquilia locus, aut si non in certamine servum occiderit, (si modo hoc, vulnerato, Ulpiani sit, non Interpretis, imprudenter distinguentis sequens illud, vulneraverit, in persona filiofamilias, & occiderit, in persona servi: de quo dubito) non sic esse exaudienda, quasi hoc jus in homine quidem ingenuo injuria vulnerato procedere velint, sed non in homine ingenuo injuria occiso: præsertim quia totus Ulpiani sermo jam inde ab initio spectat ad ingenuum hominem occisum, non autem ad ingenuum hominem vulneratum: istud quoque verbum, vulneraverit, non pertinet huc, ut hominem liberum occisum a vulnerato distinguat, aut certe vulnus ejus sine cæde indigitet: nam si hoc ageret Ulpianus; quid illi opus erat, de filiofamilias nominatim respondere? cum & paterfamilias, si injuria vulneratus sit, suo nomine habeat utilem legis Aquiliæ actionem *l. 13. D. Ad legem Aquiliam*. Non igitur voluit Ulpianus inquirere; utrum in homine ingenuo tantum vulnerato, an etiam occiso, procederet prior definitio: verum voluit inquirere, utrum ea definitio satis procederet in filiofamilias; qui in certamen descenderit, non committente patre in cujus erat potestate: quia aliqua vel in eo supererat dubitatio, propter imaginem servi quam repræsentat patria potestas, dominicæ non absimilis. ut Lactantius auctor est *lib. 4. Divin. inst. c. 4.*

Deinde ait lex, Quadrupedemve pecudem. Ut igitur apparet, servis nostris exæquat quadrupedes: non omnes quidem, sed quæ pecudum numero sunt. dicitur autem, ut Varro ait, pecus ab eo, quod peepascat. Justinianus definit, quod proprie pasci dicitur *§. 1. Inst. de lege Aquilia*. Marcianus, quod gregatim pascitur *l. 65. §. 4. D. de legatis lib. 3.* Gajus quod gregatim habetur *l. 2. §. 2. D. Ad legem Aquiliam*: id est, quod sub pastoris cura habetur ad humanum usum. Hoc sensu Servius ad Virgilii *lib. 4. Aeneid. vers. 158.* ait, pecora ea esse, quæ non sylvestri, sed humano, usui aluntur. Isidorus vero *lib. 12. Origin. c. 1.* scribit, pecus generaliter quidem dici omne, quod humana lingua & effigie caret, proprie vero accommodari iis animalibus, quæ sunt aut ad vescendum apta, ut oves & sues, aut usui hominum commoda, ut equi & boves. Quod ait, ut oves & sues, bene habet: nam & sues

pecudum numero contineri, Gajus auctor est *d. l. 2. §. 2. D. Ad legem Aquiliam*, & Imperator §. 2. *Inst. eod. tit.* Quid de bestiis dicemus? ait Gajus *d. loc. Canis inter pecudes non est, longe magis bestia in eo numero non sunt, veluti ursi, leones, panthera.* Quamquam nil improbem, canem a bestiis distingui: cum videam, bestiam pro fera bestia accipi apud Ulpianum *l. 1. §. 10. D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*: tamen nec repugnem, si quis scribat, *longe magis fera bestia*: quia sic præit Justinianus §. 1. & §. 13. *Inst. de lege Aquilia.* Præterea Isidorus tradidit *lib. 12. Origin. c. 2.* bestiarum vocabulum proprie convenire leonibus, tigribus, pardis, & vulpi-

bus, canibusque, & similibus, & cæteris, quæ vel ore vel unguibus sæviunt, exceptis serpentibus; bestias autem dictas a vi, qua sæviunt. Utcumque erit, lex Aquilia hoc capite loquitur de occisa pecude, non etiam de bestia. De elephantis & camelis videamus, movet hinc, quod dorso colloque domantur, pariterque ut pecudes habentur ad humanum usum: movet inde, quod eorum fera natura est. Sed placet Gaji definitio, mixtos esse, & quia jumentorum operam præstant, quamvis feræ naturæ sint, tamen capite primo contineri *l. 2. §. 2. D. Ad legem Aquiliam.*

* *

CAPUT III.

In lege Aquilia quidem coerceri cædem; sed non aliam, quam injuria factam. injuriam autem accipi omne non jure factum, in quo culpa qualis qualis arguitur; etsi dolus non sit. quod si aut jure aut casu cædes facta sit, non videri injuriam.

DEinde ait lex, *Qui injuria occidit.* Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit, occisum; sed oportet injuria esse factum *l. 3. D. Ad legem Aquiliam.* Proinde ubi jus apparet, quia injuria non est, inhibenda Aquilia est. Idem, si casus probatur, sed merus: qui necessitatem habet; neque homini imputatur, sed fato; & cum ultra humanum modum sit, non humanitate modo, sed & lege Aquilia, excusatur §. 2. & 3. *Inst. de lege Aquilia.* non enim credendum est, plebem Romanam, quæ, Aquilio Tribuno plebis interrogante, hanc legem jussit, voluisse, se teneri de casu; quem aut prævidere non posset; aut si prævideret, non posset ulla diligentia prævenire. Sed ut lex parcit necessitati, quæ culpa caret; sic neque desiderat dolum malum, qui consulto & deliberato fit: id est, demum integra voluntate absolvitur. At coercet

omnem non jure factam cædem, quæ animo, non quidem improbo, sed imprudente, sive, ut Ulpianus interpretatur, si contra jus, hoc est, culpa vel levissima facta sit *l. 5. §. 1. l. 44. D. Ad legem Aquiliam.* Adeo si non potuit facientis industria præveniri, aut si potuit, præter ejus officium fuit: ut si, quod fecit, ejus jus illi in eum hominem, atque ad eum modum, & in eo loco fuit, denique si non potest id ab homine sapiente & modesto jure reprehendi, non erit injuria: sed si præveniri potuit, atque ut id fieret, ad occidentis officium pertinuit, ut si ei jus in eum hominem, si ad eum modum, si in eo loco non fuit, & proinde a viro bono ac sapiente jure castigari possit, magis injuria dicetur. Fuerit pretium operæ, eam rem paucis, sed elegantibus, exemplis demonstrare.

CAPUT IV.

Eum, qui facit id, cujus jus habet, non facere injuria. Quid, si quis servum alienum adulterum deprehensum occidat? quid, si latronem sibi vim inferentem? quid, si alium? quid, si latronem occidat, sed modum egressus? Legis Aquilia, Legis Numa, & Cornelia de sicariis, egregia & nobilis differentia.

Primum, si quis facit id cujus jus habet, non videtur injuria facere §. 2. *Inst. de lege Aquilia*: ut si maritus adulterum deprehensum alienum servum occidit *l. 30. D. eod. tit.* quod lex Julia ei indulget: utique, si domi suæ deprehensum occidit: ut bene Macer *l. 24. D. Ad legem Juliam de adulteriis*, & Paulus *lib. 2. Sent. t. 27.* quod si alibi occidit; sine lege occidit, & ideo injuria videtur. Quintilianum audi *lib. 5. Inst. Orat. c. x. Occidisti,* inquit, *adulterum, quod lex permittit, sed quia in lupanari, cædes est.*

Similiter non videtur injuria facere is, qui latronem aut quemcumque alium ferro se petentem occidit, nil enim est natura iniquius, quam hominem vim facere homini nil justius, quam eum, qui vim facit, vi repellere. an quis nescit, rerum naturam unumquemque statim ac natus est, in primis sibi

commendare: prorsus, ut compellat eum, sequi quod ei bonum, ac declinare, quod ei malum, videtur? proinde si vitam, si corpus, si membra sua, adversus vim ac pericula tueatur: quid causæ fuerit; ne, quod ad sui conservationem facit impellente natura, jure naturæ facere existimetur? Atque hoc certum; cum naturam sequimur, nondum inventis judiciis, neque adhuc composito civili jure. imo & post hæc; quoties neque judiciis, neque legibus, locus est. nam etsi conjunctione humanæ societatis, quo magis naturali omnium æqualitati consuleretur, recte atque ordine placuerit, deinceps de suo quemque jure non privata vi, sed legibus judiciisque, experiri: non patitur tamen ratio, hanc conventionem ultra habere effectum, quam ea juris societas a singulis possit legibus ac judiciis obtineri. nam si non possit; deficit causa,

causa, ob quam fuit vitium omnibus, a naturali tuendi se libertate recedere: nec restat, nisi ut quisque jus quod a natura accepit ad sui conservationem, nec ulla jam imminuit conventionem, merum atque integrum habere intelligatur. Et certe si quid strictius interpretemur: quid futurum erit; nisi ut ei, qui, alio vim faciente, malit jure judicioque, quam naturali defensione, uti; ante patienda sit vis injusta, quam ei legibus judiciisque succurri possit? Igitur, qui latronem aut quemcumque alium ferro se petentem occidit, non videtur eum injuria occidere: quia vim vi defendere omnes leges, omniaque jura, permittunt: uti vere Paulus *l. 45 §. 4. D. Ad legem Aquiliam*, Gajus *l. 4. D. eod. tit.* & Cicero *pro Milone*. Atque id certum est, cum illum ferit, qui vim intulit; sed si, cum vellet hunc percutere, alium, quem prætereuntem percussit, ambigi potest, quid dicendum sit: neque enim jus fuit, alium percutere, quam quem licebat: neque injuria, cum voluit ferire illum, in quem juserat, sed ictum casus alio vertit. quia tamen lex injuriam non proposito metitur, sed imprudentia: magis erit ea in specie, ut casus culpæ cohæreat, & ideo injuria intelligatur. Hoc sane Paulus censet *l. 45 §. ult. D. Ad legem Aquiliam*. Sed aliter Cicero in *Topicis ad Trebatium*, *facere*, inquit, *telum voluntatis est, ferire, quem nolueris, fortuna. Ex quo aries ille subjicitur in vestris actionibus, si telum manu fugit magis, quam jecit*. Videtur velle, si in alium jaciatur telum, sed alius feriat, & lege Aquilia agatur, arietem subjici: id est, exceptionem opponi, qua vis legis Aquiliæ infringatur. sic enim Cujacius interpretatur: & adjicit, exceptionem actioni subjici; quod utraque simul a Prætoris detur; quodque actioni uno tenore & contextu addatur exceptio. Idem Balduino sedet: quamquam is tum arieti facit locum, cum culpa nulla arguitur, & addit, verbum rei militaris ad forum transferri. Sic illi. Sed videamus, ne uterque erret toto cælo. non enim respicit Cicero ad legem Aquiliam, in qua homine servo injuria occiso privata & civili actione agitur: sed ad legem Regis Numæ, quæ vult eum, qui liberum hominem sciens morti dedit, pro parricida haberi, id est, pœna capitali affici: sin telum manu fugit, id est, si imprudens occidit; patitur, eum in concione offerre arietem, qui eum crimine homicidii absolvat: ut Festus refert in *Parici questores*, & Servius ad Virgilii *Eclog. 4. vers. 43*. vel, ut Antistius inquit apud Festum in *Subigere arietem*, qui pro eo cædatur, agatur. Ex quo apparet, arietem apud Ciceronem non a re militari, sed a jure civili, peti; neque adversus legem Aquiliam, homine servo injuria occiso, sed adversus legem Numæ, cum homo liber imprudenter occisus est, sive exceptionem, sive defensionem, significare. Atque id eo probabilius dico: quia ipse Cicero *lib. 3. De oratore* illud, Si telum manu fugit, imprudentiam emissi teli interpretatur. Igitur, qui hominem percussit defensionis causa, is si alium percussit, quam qui ei vim intulit, injuria percussit, & ideo legi Aquiliæ obnoxius sit: quod si eundem percussit, jus est, injuria non est, & ideo hac lege innoxius habetur.

Utique, si periculum aliter effugere non potuit, eo enim temperamento (quod Diocletianus & Maximianus *l. 1. C. unde vi* vocant inculpata tute-

la moderationem) utitur Justinianus §. 2. *Inst. de lege Aquilia*. idemque in oculis fuit Paulo *l. 45 §. ult. D. eod. tit.* si recte legatur locus. nam Florentiæ, & apud Haloandrum, caret sensu. Ego (quod suadent Cræci, *Basilic. lib. 60. tit. 3. pag. 61. tom. 7.*) scribo, *Qui cum aliter se tueri non possunt, damnum dederint, innoxii sunt*. Sic Paulus. & laudo: bono viro numquam probabili hominis cæde, quæ non est necessaria. Itane vero? dicat aliquis. tu vis parci latroni, qui non pepercit alteri? at primum ipse quod fecit, passus est. deinde sit aliqua etiam se ulciscens culpa: tamen major est latronis, alium injuste aggredientis; quam hujus, qui vim injustam acrius atque immodestius a se arcet laceffitus. accedit, quod arbitrii latronis fuit, re adhuc integra; ne alii offerret periculum, simul causam, qua extra se constitueretur. sed qui in hujus arbitrio fuit; ne latronis scelere fieret mentis expers, neve se deinceps magis impetu, quam ratione, tueretur? postremo sic ait Cicero, in *Topicis d. loco*, *Cadunt etiam in ignorantiam atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quamquam sint voluntariæ, objurgatione enim & admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur*. Sic Cicero. Sed mihi placet, si tantum latronem intuemur & hunc quem latro aggressus est, nullo extrinsecus adsumpto: haud quidem negandum esse, eum, qui propter insidias suas occisus est, etsi ei parci potuit, jure occisum esse; utique, quod insidias ejus insequutum est, magis ei, quam huic, qui eum occidit, imputandum videri: sed si juris civilis judiciorumque finem ac rationem inspicimus; longe verius dici, neque iræ illius, quem aggressus est latro, hactenus indulgendum esse: ut, quod se ulciscendi magis, quam defendendi, studio facit, id præter viri boni & sapientis reprehensionem facere videatur. at enim ira & ultio habent vehementem ac subitum animi motum, & prope necessitatem atque ignorantiam. tamen cum nil sectantur præter solatium illatæ injuriæ, fere inanes sunt. quid, si præterea aliqualem produnt sive imprudentiam sive voluntatem, sapientiæ admonitione emendabilem; (ut pulchre animadvertit Juvenalis *sat. 13. vers. 180. & seqq.*) atque ideo ad severitatem legis Aquiliæ pertinent? legis, inquam, Aquiliæ: nam ad legem Numæ cui Corneliam de sicariis comparamus hac in parte, non pertinent: quia non ut lex Aquilia, ita lex Numæ, aut Cornelia, persequitur cædem, quæ injuria, id est, culpa aut imprudentia, sed quæ a sciente dolo malo, id est, integra voluntate, facta est: prorsus ut, si qua improvisa animi perturbatione contigerit, quamvis quali quali voluntate facta sit, his tamen in legibus magis casu & necessitate, quam sponte & voluntate, facta censeatur. idque, opinor, Cicero voluit in *Topicis d. loc.* cum animi perturbationem non quidem imprudentia absolvit, sed dolo: & quamquam non neget, ei inesse qualem qualem voluntatem, quæ objurgatione facile dejiciatur, eam tamen

ignorationi ac necessitati annumerar.

* *

L 2

CAPUT

CAPUT V.

Ulpianum l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & Tit. 7. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum, Legem Corneliam pro Aquilia imprudentem dixisse. Lex XII. Tabularum de cade furis nocturni exposita. Pauli elegans Fragmentum declaratum.

QUæ si ita sunt; porro apparet, quid habendum sit de Ulpiani Fragmento, quod est in l. 3. § 5. D. Ad legem Aquiliam, & aliquanto plenius in Tit. 7. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum: in quo vix dubito, quin mentio legis Corneliæ aliud cogitanti exciderit: neque metuo: ne quis, utique ratione utens, aut molestius ferat, aut ad Ulpiani injuriam pertinere arbitretur, si & ratione & Veterum auctoritate victus; existimem, eum virum, licet præclarum industria & eruditione, tamen non dicam ignorantia, sed immemoria esse lapsum: utcumque, quidpiam humani passum. Verba Ulpiani ex d. Tit. 7. & d. l. 5.

Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia non injuria occidit. Sed & quemcumque alium ferro se petentem, qui occiderit, non videbitur injuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit; sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num hac lex non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur, ergo etiam lege Cornelia tenebitur. Injuriam autem accipere hic nos oportet non quemadmodum & circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit. Et ideo interdum utraque actio concurrat & legis Aquilia & injuriarum: sed duæ erunt estimationes, alia damni, alia contumelia. Igitur injuriam hic accipiemus damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

Universa hæc dissertatio spectat ad interpretationem capitis primi legis Aquiliæ: cui ut locum faciat Ulpianus, desiderat, ut servus sit occisus: amplius, ut injuria occisus sit. proinde negat, cum, qui servum latronem occidit, quia jure occidit, lege Aquilia teneri. tum quærit. quid sit, si quis occiderit quemcumque alium, quam latronem, puta furem nocturnum aut diurnum, servum tamen: sic enim interpretor Ulpianum. primum, quia lex Aquilia nominatim de occiso servo loquitur. deinde, quia inepte collegeris, (tamen si id meministi fieri) quia furis mentio fit hoc loco, ideo non fieri mentionem servi: furari enim tam proprium est servorum; ut Tacitus lib. 1. Historiarum c. 48. furtum servile probrum, Salvianus lib. 4. De gubernatione Dei servile vitium, Ulpianus l. unic. §. 5. D. Furti adversus nautas, canpones, stabularios domesticum malum, appellet; Virgilius etiã furem pro servo dicat, eumque a furto, quasi ab officio, describat, auctore Servio ad illud Ecloga 3. vers. 10.

Quid domini facient, audent cum talia fures.

Igitur ut ad rem revertar, hoc quærit Ulpianus, si quis quemcumque alium servum, quam latronem, puta furem nocturnum quoquo modo, aut furem diurnum ferro se petentem, occiderit, an lege Aquilia teneatur? Et non putat: quia is, qui furem diurnum occidit, eum non injuria occidit, si modo eum in periculo & metu mortis occidit: idemque esse in nocturno fure, si non potuit, sine periculo, aut servari aut apprehendi. Sed quid, si potuit? quærendi causa est, quia Lex Duodecim Tabularum, ut fur nocturnus jure cæsus videatur, tantum vult, eum noctu cæsum esse; sane modum non addit; sed, si Macrobio fides lib. 1. Saturnal. c. 4. ait simpliciter, *Seinox. furtum factum. est. sei. im. occisit. joure. cæsus. esto.* Igitur, ut Ulpianus exponit, omnimodo, vel, ut Cicero pro Milone loquitur, quoquo modo occisus, jure cæsus videtur. Hæc quærendi causa: ad quam ita Ulpianus, *Et Pomponius dubitat, num hic lex non sit in usu.* Sic legendum, hic: non, ut passim, hæc: hic vero pro, hoc casu, dicitur: ut apud eundem Ulpianum in fine superioris Fragmenti d. Tit. 7. & d. l. 5. §. 1. & in l. 49. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. sensus autem: Et Pomponius dubitat, num lex Aquilia in hoc casu non sit in usu: id est, (ut sequente capite exponam hanc locutionem) & Pomponius putat, legem Aquiliam hoc in casu cessare; denique Pomponius putat, eum, qui furem nocturnum occidit quoquo modo, id est, etiam cum posset eum apprehendere & servare, non teneri lege Aquilia. Habes Pomponii sententiam; sed, ut vere visum Ulpiano, patentem ultra, quam aut societas humani juris, aut ratio legis Aquiliæ, patiatur igitur sedet Ulpiano, eam latitudinem quodammodo & coercere & regere interpretatione; cum subji-

Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur. ergo etiam lege Cornelia tenebitur.

Ulpianus vult, eum, qui furem nocturnum metu mortis occidit, (ut bene interpretatur l. 5. D. Ad legem Aquiliam) quia jure fecit, lege Aquilia non teneri: sed si illum, cum posset apprehendere, maluit occidere, quia etsi jure, seu licite, & lege impune, tamen sine necessitate, atque adeo inhumane immodesteque fecit, magis injuria fecisse, & ideo lege Aquilia teneri. lege, inquam, Aquilia: sic enim scribo, etsi in Pandectis & Legum Collatione constanter legatur, lege Cornelia. non enim quæstio Ulpiano est de lege Cornelia, sed de lege Aquilia: ut apparet non modo ex Inscriptione aut argumento loci, quamquam & illa sufficerent; sed ex prioribus, & his clavis, Ulpiani verbis, *Videamus, an lege Aquilia teneatur*, item, *Non dubitamus, quin lege Aquilia teneatur.* At cui verisimile fit, hominem egregium, & scribendi peritum, scientem velle, aliter respondere,

dere, quam sibi ante proposuit? His accedit, quod mox idem Ulpianus in eodem loco rursus legis, non Corneliae, sed Aquiliae, meminit *d. l. 5. §. 1.* Præterea ait, furem nocturnum, si occisus sit, cum illi parci posset, injuria occisum esse: & injuriam autem interpretatur non utique dolum, sed eadem non jure factam: id est, qualicumque imprudentia, seu culpa, etiam levissima *d. l. 5. §. 1. l. 44. D. Ad legem Aquiliam.* At in lege Cornelia neque imprudentia, neque culpa punitur, ne lata quidem: sed tantum consultum & deliberatum, id est, tantum dolo malo factum homicidium *l. 7. D. Ad legem Cornelianam de sicariis.* Et ita est: qui maluit, furem nocturnum occidere, quam cum posset, apprehendere & servare, is quia hominem sine necessitate occidit, fecit quidem præter officium viri boni, & hominum existimationem, atque ipsam humanitatem reverentis: hujusque siue culpæ, siue imprudentiæ, siue injuriæ nomine, & communi humanitati, & legi Aquiliae, obligabitur: sed quia animi motus eum absolvit a dolo & proposito, neque Lex Duodecim Tabularum inhibet eam furis eadem, legi Corneliae de sicariis non obligabitur. Hoc sane Cicero indicat *Pro Milone*: nam de Cornelia sentit, cum sic loquitur. *Quod si duodecim tabula nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderit, interfici impune voluerunt, quis est, qui quoquo modo quis inperfectus sit, puniendum putet?* Sic Cicero: addo, Paulus *lib. 5. Sententiarum*, & (quod notandum) *sub Titulo, Ad legem Cornelianam de sicariis & veneficis*: sic enim habet Inscriptio *d. Tit. 7. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.* Verba Pauli. *Si quis furem nocturnum, vel diurnum cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum, transmittendum ad Præsidentem Magistratibus obtulerit.* Negat Paulus, eum

qui furem nocturnum quoquo modo, vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, lege Cornelia teneri. verum quia angusta innocentia est, ad legem bonum esse, & latius patet officiorum, quam juris regula, multaue pietas, humanitas, justitia, exigunt, quæ extra publicas tabulas sunt, (ut pulchre & sapienter ait Seneca *lib. 2. De ira c. 27.*) ideo putat Paulus, viro bono non tam, quid ei legibus licitum sit adversus furem, quam quid honestum sit, animadvertendum esse: denique, melius, id est, humanius & civilius facturum: si furem, cum jure posset, non occiderit, sed comprehensum, transmittendum ad Præsidentem Magistratibus obtulerit. Sed liquet, Paulum & necessitatem legis, & officium viri boni, non descripsisse tantum, sed & distinxisse: prorsus eodem modo quo Cicero; cum inquit *pro Quintio. Jugulare civem ne jure quidem quisquam bonus vult: mavult enim commemorare se, cum posset perdere, pepercisse, quam, cum parcere potuerit, perdidisse.* Hac in homines alienissimos, denique inimicissimos viri boni faciunt, & hominum existimationis, & communis humanitatis causa: ut, cum ipsi nihil scientes alteri incommodarint, nihil ipsis jure incommodi cadere possit. Ostendi, quis sit Pauli sensus: simul, furem nocturnum, quoquo modo occisus sit, quod ad legem Cornelianam pertinet, jure occisum intelligi: itaque Ulpianum in *d. l. 5. & d. t. 7.* ubi Corneliae locum fecit, Cornelianam pro Aquilia imprudentem dixisse. Hæc credidi addenda his, quæ tradidi *lib. 1. Probabilium juris civilis cap. 9.* Nam *l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*, quæ adhuc exponenda restat, & quam infelicissime explicuerunt hætenus doctissimi Interpretes, in Observationibus, quas pridem publici juris facere constitui, ex professo interpretabor *lib. 1. c. 15.* quia id mereri videtur elegantissimi ejus loci dignitas.

CAPUT VI.

Magistris in disciplina concedi legem castigationem discipulorum; & quid, si egrediantur eum modum? Oculus perfusus aut effusus. Verborum, dubito & non dubito, usus apud Ulpianum in l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam, & quibusdam aliis in locis. De jure & modo Magistratum municipalium in executione rei judicate, & in castigatione servorum. Domino & fructuario qualis coercitio competat in servum.

Hætenus liquet, si quis facit id cuius jus habet, ejus si modum servet, non intelligi injuriam: sin eum excedat, magis injuriam intelligi. Hoc & Julianus probat in Magistro, qui discipulum in disciplina eluscavit: amplius Ulpianus in eo, qui occidit. causa Juliani, quod docenti concessa levior castigatio est *l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam*: quam si egressus est, injuria videtur. quid ita? quia sævitia est: ut bene Paulus *l. 6. D. eod. tit.* nam & Seneca *lib. 2. De clementia c. 4.* crudelem definit, qui puniendi causam habet, modum non habet. Atque hoc Julianus in vulnerato concedit, in quo minus receditur a modo; Ulpianus vero in occiso, id est, ubi plus aberratur, multo verius censet. E re erit, Juliani speciem attulisse. proponitur apud eum puer ingenuus, filius familias, sutrinam discens. huic tutor parum bene facienti, quod demonstraverat, cervicem tam vehementer percussit forma calcei, ut puero oculus perfunderetur, vel (ut idem in *l. 13. §. 4. D. Locati conducti* ait) effunderetur. Radolphus

Fornerius, *V. Cl. lib. 3. Rerum quotidianarum c. xi.* mavult effoderetur; sed retinenda vox, effunderetur: perinde ut in illo Velleji *lib. 2. Collisa inter se duo reipublicæ capita, effusumque alterum Romani imperii lumen.* Quod observavit Gaspar. Scioppius, vir doctus, *lib. 3. Verisimilium c. 18.* Igitur effuso oculo eluscatus fuit puer quæritur, ecqua patri actio competat? Prima quæstio est circa injuriarum actionem: quam ei negat Julianus, quia ut fuerit præceptoris monendi & docendi propositum, tamen inferenda injuriæ non fuit. Optime Seneca *lib. 2. De ira c. 27.* *Quædam esse diximus, quæ nocere non possunt; quædam quæ nolunt, in his erunt boni Magistratus, parentesque, & præceptores & judices: quorum castigatio sic accipienda est, quomodo scalpellum & abstinencia & alia, quæ profutura torquent.* Altera quæstio est de actione locati & legis Aquiliae: de qua ita Ulpian. *An ex locato, dubitat, quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito.* In his usus mirus verborum *dubito & non dubito*: sed utrumque

que idem valet, & magis afferentis, quam dubitantis, est. Ulpianum vide l. 13. §. 4. D. Locati conducti; ubi ipse id sic exponit. *Julianus libro octogesimo sexto Digestorum scripsit, si tutor puero parum bene facienti forma calceit tam vehementer cervicem percussisset, ut oculus ei effunderetur, ex locato esse actionem patri ejus; quamvis enim Magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse; sed & de Aquilia supradiximus.* Sic Ulpianus. similiter Cornelius Nepos in vita Thrasybuli, Si, inquit, per se virtus sine fortuna ponderanda sit, dubito, an hunc primum ponam; illi sine dubio neminem praefero fide, constantia, magnitudine animi, in patriam amore. Dubito an, & sine dubio, illi ejusdem sunt potestatis, Pariter Ulpianus Tit. 7. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum. Verba Ulpiani. Si furem nocturnum, quem lex XII. tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur? Et Pomponius dubitat, num hic (sic lego) lex non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Similiter Ulpianus l. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam. Est & alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit objicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini ades intercidi, & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria; Celsus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi causa factum non sit. Ubi Celsus dubitat, (sic enim legendum, non, Gallus) est Celsus scribit, vel Ulpiano interprete l. 49. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, & l. 3. §. 7. D. de incendio, ruina, naufragio. Exposui exemplum l. 5 & 6. D. Ad legem Aquiliam.

Sequitur aliud ex l. 29. §. ult. D. Ad legem Aquiliam. Magistratus municipales, Duumviri scilicet, pecudes ceperunt pignori. ea pecudes fame perierunt: quia Magistratus non sunt passi, ad eas cibaria inferri, an injuria fecisse videntur? Movet dubium, quod Magistratus lege municipali pignoris capionem habent ex causa judicati, verbi gratia: habent enim jurisdictionem usque ad certam summam; ut Paulus refert lib. 5. Sent. tit. 5. & l. 28. D. Ad municipalem: & ideo ea quoque, sine quibus jurisdictio explicari non potest l. 2. D. de jurisdictione: itaque clare Siculus Flaccus, De conditionibus agrorum, p. 1. Regiones, inquit, dicimus, intra quarum fines singularum coloniarum aut municipiorum Magistratibus jus dicendi coercendique est libera potestas. Sed placet, injuria fecisse Magistratus, & ideo actione in factum teneri: quia, ut lege municipali habeant jus pignori capiendi pecudes, tamen non habent jus pignori captas fame necandi: igitur si necarint eas, quia modum sunt egressi, injuria fecisse videntur. Idem est, si Magistratus, cum ex lege ceperint pignus, vel etiam sine lege, reddant res tritas corruptasque aut feritate aut negligentia sua. Quid, si quid violentius fecerint adversus resistentem? non tenebuntur lege Aquilia, et si ei damnum dederint: quia non injuria fecerunt quod juris exequendi causa fecerunt. Igitur & cum servum pignori cepissent, & ille se suspenderit, nulla datur actio adversus Magistratus: siquidem nihil est quod eis imputetur.

Proxima d. l. 29 §. ult. erit l. 12. D. de jurisdictione. nam utraque est ex libro 18. Ulpiani ad Edictum; utraque coërcet feritatem aut saevitiam Magistratum municipalium. Verba Ulpiani sunt. Magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet: modica autem castigatio eis non est deneganda. Hoc vult, si Magistratus municipales a servo sumpserint supplicium, injuria fecisse eos: quia nulla lex Magistratibus municipalibus dedit imperium merum, ne in servos quidem: non igitur licet illis, a servo supplicium sumere: & si sumpserint, quia sine jure sumpserunt, lege Aquilia tenentur. At quamquam Ulpianus Magistratibus neget jus supplicii; non tamen putat, eis denegandam esse modicam castigationem. Modicam, inquam, & hanc in servos; nam in liberos homines castigatio Magistratibus non competit, ne modica quidem: ut Paulus indicat l. 17 §. 1. D. Qui & a quibus manumissi liberi non sunt; proponens, dominum mentitum, ne a Magistratibus castigaretur servus, dixisse, esse liberum. Habent igitur Magistratus in servos saltem modicam castigationem: intra quam si subsistant, jus est: si non subsistant, injuria intelligitur, & legi Aquiliae locus est: ut si servum meum flagellis ceciderint Magistratus, & is servus decesserit: & ita Ulpianus l. 17. §. 2. D. de injuriis.

Magistratibus municipalibus jungendus est fructuarius: nam & huic assignat Ulpianus modicam castigationem fructuarii servi; cum plenissimam coërcitionem adscribat domino proprietatis; & addit, fructuarium neque torquere servum posse, neque flagellis cedere l. 23. §. 1. D. de usufructu, & quemadmodum quis utatur fructu. Ptoinde si aut torqueat servum aut flagellis cedat fructuarius, lege Aquilia conveniri poterit: quia non tenuit modum, quem debuit, & ideo non jure fecisse dicitur, sed saevitia aut feritate l. 15. §. 3. D. eod. tit. aliter ac si dominus cui plena servi coërcitio competit, flagellis usus sit. Martialem audi lib. 8. Epigr. 23.

Esse tibi videor servus, nimiumque gulosus,
Qui propter cenam, Rustice, cado cocum.
Si levis ista tibi flagrorum causa videtur,
Ex qua vis causa vapulet ergo cocus?

Sic Martialis; eique consentiens Ulpianus l. 17. §. 1. D. eod. tit. Verba Ulpiani. Ex eo, ne deteriore conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet queri, an servum dominus coërcere possit? Et Aristo apud Cassium notat, plenissimam eum coërcitionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis usufructuarius nec contrariis quidem ministeriis, aut inusitatis, artificium ejus corrumpere possit; nec servum cicatricibus deformare. inquit, cicatricibus; quæ accipe vel flagrorum, vel stigmatum, quæ servorum frontibus aut aliis membris inuri atque inscribi solent.



CAPUT VII.

Eadem culpa factam, cui casus cohæret, injuria factam videri. Exemplum Ulpiani elegans & rarum in servo cujus gula, dum tondetur, & novacula super gulam est, adjecta pila præciditur. Amphibolia observata & exposita in l. xi. D. Ad legem Aquiliam. Aliud exemplum in ludo noxio. Quid, si duo stramenta ardentia transiluerint, & concurrerint, ambo ceciderint, alter flamma consumptus sit? Vsum ejus rei in Palilibus esse: de quibus accipiendam l. 45. §. 3. D. eod. tit. quid juris, si homo in lucta, pugilatu, aut pancratio, occisus sit? ad l. 7. §. 4. D. eod. tit.

Igitur si quis jure fecit, & intra modum substitit; tum si homo casu aut necessitate occisus sit, quia injuria non est, Aquilia cessat: cæterum si jure fecit, sed modum excessit, si culpa, & casus sequutus; magis injuria, quam jus aut casus, videbitur; & ideo legi Aquiliæ locus erit. Exemplum in l. xi. D. Ad legem Aquiliam. Verba ejus.

Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula sit præcisa adjecto cultello, in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri: Proculus in tonsore esse culpam. Et sane, si ibi tondēbat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, est, quod ei imputetur. quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Tonsor sellam habuit eo in loco, in quo erat frequens transitus & pilæ lusus. Res hodie nova & in his terris pæne inaudita; sed olim Romæ usitata & solita: nisi quod Domitianus ei modum imposuit; tonsoresque, & coquos, & caupones, & lanios, vetuit artem suam in publico exercere. Ejus rei meminit Martialis lib. 7. Epigr. 60.

*Abstulerat totam temerarius institor urbem,
Inque suo nullum lumine limen erat.
Fussisti tennes, Germanice, crescere vicos,
Et modo, quæ fuerat semita, facta via est.
Nulla catenatis pila est præcincta lagenis,
Nec Prator medio cogitur ire luto.
Stringitur in densa nec cæca novacula turba,
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonsor, caupo, coquus, lanius sua limina servant.
Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit.*

Igitur tonsor sellam posuit in via publica: huic se tondendum præbuit servus: dum tondetur, pila in tonsoris manum fortius impulsæ, servo gulam præcidit adjecto cultello. Queritur, quid juris? ait Mela, penes quem culpa fuerit, eum teneri. Vere quidem: sed quis iste? æque queritur. Hoc vero Ulpianus definit paulo obscurius: primum ex Proculo infit, si tonsor sellam eo habuit in loco, in quo aut ludi solet, aut frequens transitus est, tonsoris culpam videri; esse enim, quod ei imputetur; cum his, qui pila luserunt ibi, ubi jus erat ludendi, nihil imputari possit. Apollo sane, a quo Hyacinthus ejus imprudentia est occisus in lusu disci, excusat se hac ratione apud Ovidium lib. x. Metamorph. fab. 5.

*Laberis Oebalide prima fraudate juventa,
Phæbus ait: videoque tuum mea crimina vulnus.
Tu dolor es, facinusque meum; mea dextera letho
Inscribenda tuo est, ego sum tibi funeris auctor.*

*Quæ me a culpa tamen? nisi si luisse vocari
Culpa potest.*

Sic primum Ulpianus; sed mox subjicit, *Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* Utrum ergo placet, quamvis non male dicatur, servum de se queri debere, tamen tonsoris culpam esse? an, tonsoris quidem culpam aliquam videri; sed majorem esse servi, qui, ubi potuit, sibi non satis cavuit? Hoc patitur usus voculæ, *quamvis*, quæ, velut præcedentia corrigat, aut temperet, ita aliquando accipitur: ut in l. 7. §. 5. D. Ad exhibendum juncta l. 15. §. ult. D. de rei vindicatione, & §. 8. Inst. de excusationibus tutorum juncta l. 6. §. ult. D. eod. tit. Sed neque illud verat usus ejusdem vocis, *quamvis*, maxime naturalis & proprius l. 1. §. 2. D. de eo, per quem factum erit, l. 1. §. 1. D. de aleatoribus. Quid igitur est? Amphibolia: in qua quid eligendum sit, si quæres, a Quintiliano accipies: qui lib. 7. Inst. orat. c. 9. sic infit *Amphibolia omnis in his erit quæstio, aliquando uter sit secundum naturam magis sermo, semper utrum sit æquius, utrum is, qui sic scripsit ac sic dixit sic voluerit.* Hactenus Quintilianus: cujus si placet tibi definitio; idem tibi sedebit, quod mihi, priorem Ulpiani sententiam esse: quia utilior est, & bonis moribus convenientior: præterea hanc suadet usus voculæ, *quamvis*, maxime naturalis & proprius. Exemplum hoc unum est.

Alterum in l. 9. §. ult. & l. 10. D. Ad legem Aquiliam. Duo luserunt jaculis: ab his servus, qui tum forte præteribat, percussus & occisus est: queritur, an legi Aquiliæ locus fiat? distinguit Jurisconsultus: aut, inquit, per lulum jaculari sunt extra campum jaculatorium, aut in campo jaculatorio: in eoque vel casu occisus est servus, vel dedita opera. Plenius Justinianus §. 4. Inst. eod. tit. aut miles, inquit, aut alius, id est, paganus, non miles, jaculatus est. Morem indigitat Manilius lib. 4. Astronom.

Sunt quibus & simulachra juvant, & ludus in armis.

Tantus amor pugnae est, discuntque per otia bellum

Et quodcunque pari studium producit arte.

Igitur aut miles jaculatus est, aut alius: & miles aut in loco insolito, aut in campo jaculatorio: & si in campo; prætereuntem feriit aut dedita opera, aut non dedita opera: & si dedita opera; ejus, qui jaculatus est: si non dedita opera; ejus, qui præteriit, culpa videtur: quia tum neque isti jus fuit eundi eo in loco; neque ille potuit, aut certe debuit, hujus transitum prævidere: quippe cum eo lusu se exerceret solemni & ad illum destinato loco, coactus jure & more militaris disci-

disciplinæ : de quo pulchre Vegetius *lib. 2. De re militari c. 23.* quem , si lubet , vide : eique adde Valesium ad *Ammian. Marcell. lib. 20. c. 4. p. 240. & lib. 18. c. 7. p. 201.* Plane , si in loco insolito jaculis lusum fuit , quamquam a milite , quia sine jure factum fuit , & alteri periculosum extitit ; apparet , lusum noxium in reprehensionem cadere , & pro injuria accipi : ut bene Paulus in *l. 10. D. Ad legem Aquiliam* , quam legem cum superiore , ne ei male cohæreat , ita connecto.

Sed consideremus , ne e diverso stet idem Paulus *l. 45. §. 3. D. Ad legem Aquiliam.* Verba Pauli.

Cum stramenta ardentia transilirent duo , concurrerunt , amboque ceciderunt , & alter flamma consumptus est. Nihil eo nomine potest agi , si non intelligitur , uter ab utro everfus sit.

Thema tale est. Duo transiluerunt ardentia stramenta , & concurrerunt , ambo ceciderunt , alter flamma consumptus est. Hoc thema : ex eo quaeritur , an legi Aquiliæ locus sit ? ait Paulus , si paret , uter ab utro everfus sit : negat , si non paret. Sic Paulus. Verum si certum est , ambos concurrisse , & lapsos cecidisse ; obsecro , qui incertum sit , uter ab utro everfus sit ? An quid verius est , quam , si duo concurrerunt , & ambo everfi sunt , alterum ab altero eversum esse ; denique , ubi alter superstes , alter flamma consumptus est , & de Aquilia quaeritur , hunc , qui flamma consumptus est , a superstite eversum vere dici ? Sed salva res est : siquidem Pauli mens fuit , si intelligitur , uter egerit , uti alter everteretur , agi posse ; vel , ut clarius loquar , si liquet , hunc , qui flamma consumptus est , superstitis data opera eversum esse , lege Aquilia agi posse ; si non liquet , agi non posse. Habes Pauli definitionem ; nunc causam accipe : ea causa est , quod lex Aquilia quidem injuriam , id est , quaecumque culpam atque imprudentiam , coercet ; casum autem , si injuria ac culpa vacet , non coercet ; porro qui flamma consumptus est , is si evertentis data opera & lascivia everfus est , magis injuria , quam casu , occisus intelligitur ; quamquam , cum ea nulla everfus est , magis casu , quam injuria , occisus videtur. At enim utrumque proponitur lusus noxius & mali exempli : qui cum injuriam , id est , culpam ac reprehensionem , habet vel ab initio , ut idem Paulus scribit *l. 10. D. eod. tit.* quaeso , qui illum absolvat casus , qui ex post facto incidit ? Non tamen est , opinor , quod eum lusus damnes , aut rem mali exempli esse existimes : quin potius puta , utrumque , ubi stramenta ardentia transiluit , usum publico & licito jure , & ideo neque in culpam incidisse , neque reprehensionem meruisse. Verum quod jus fuerit , per ignem transilire , & in stramentis ardentibus lascivire ? Nul- lum sane , si quidem saltationem per ardentia stramenta , qua de Paulus scribit , simpliciter accipies : sed non idem est , si eam referes ad Veterum religionem , & ad solemnia atque anniversaria sacra , & in his ad Palilia : in quibus urbis Romæ natalem , pastoresque jussos & solitos fuisse per ardentia stramenta transilire , Ovidius auctor est *Fastorum lib. 4.* ejus festi cum ritum , tum originem , & causam , belle ac late indigitans. Igitur quod Paulus definit de his , qui per ardentia stramenta transiluerunt , & concurrerunt , lapsique ceciderunt , ad Palilia spectat & pastorum solemnia atque anniversaria sacra : in quibus si quid fecerunt pastores , jubente religione ; id extra culpam ac re- meritatem substitit : & si duo ignem simul transiluerunt , & forte concurrerunt , amboque cecide-

runt ; id pro injuria non fuit , sed pro casu , cui communis humanitas ignoscit. Expositus Pauli locus.

Æque elegans est sequens Ulpiani in *l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam.*

Si (quis) in colluctatione , vel in pancratio , vel pugiles dum inter se exercentur , alius alium occiderit , si quidem in publico certamine (alius alium occiderit) cessat Aquilia ; quia gloria causa & virtutis , non injuria gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit , quoniam ingenui solent certare : in filiofamilias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit , erit Aquilia locus : aut si non in certamine servum occiderit : nisi (si) domino committente hoc factum sit , tunc enim Aquilia cessat.

In hoc loco distinguuntur lucta , pugilatus , & pancratium ; quomodo ? qui se lucta exercent , hi se mutuis complexibus devinciunt , & majorem luctæ partem varie miscendis & constringendis invicem corporibus peragunt : qui pugilatu ; hi se verberant cæstibus , nec se invicem complectuntur : imo , si id velint , non patiuntur arbitri certaminis : qui pancratio : his jus utrumque est ; itaque Plutarchus pancratium ex lucta & pugilatu compositum refert *lib. 2. Symposiac. c. 4.* denique scribunt quidam pancratium ab eo dici , quod pugnis , cubitis , calcibus , & , ut verbo absolvam , universi corporis nisu , omniumque nervorum contentione , peragitur. Igitur si alter alterum in lucta , pugilatu , aut pancratio , occidit ; an legi Aquiliæ locus erit ? Quæstio est , utrum jure , an injuria , factum videatur ? Et Anacharsis quidem apud Lucianum *De gymnasio* ait , oblectamenta ista insanix esse , & publice inutilia : præfocari certe , cædi , pericula , labores , injuriasve indignas , frustra inferre , & pati , in conspectu populi , non esse ejus , qui ratione utitur. Sed contra Solon apud eundem *d. loco* negat , ista insanix opera esse , neque impulsu contumeliæ hos mutuo se obverberare , inque cæno volutari , aut semet conspergere pulvere , sed necessitatem inesse huic rei non injucundam. Idem post. Pro consequenda gloria etiam in ventrem calcitrari , præclarum esse venantibus gloriam ex laboribus. Sed quid est ? primum Græcis , deinde & Romanis , visum e re publica esse , juvenum corpora his laboribus exercere , ut , quod Solon putat *d. loc. p. 751.* laboribus tolerandis assuefierent , pariterque ictum declinandorum periti evaderent , neque metu averfarentur pericula ; præterea ut ut secure procidere & prompte exurgere , discerent ; item ut tenaciter amplecti , & loco movere , & in altum sustollere , possent adversarium. Igitur vides rem pulchram & bello utilem , quam voluerunt Veteres juvenibus non tantum permittere , sed etiam propositis præmiis atque honoribus commendare. Horum præmiorum meminit Papinianus *l. 40. D. de re judicata* , honorum etiam Lucianus *p. 726.* sic inquit. Exercitiorum aliud quidem , quod in cæno fit , lucta vocatur , illi vero quoque in pulvere luctantur : porro eos , qui erecto stant corpore , ac semet verberibus mutuis onerant , pancratio decertare dicimus : sunt præterea & alia nobis hujusmodi gymnasia & pugilatus & disci & saltus , quorum omnium certamina solemus proponere , quorum qui palmam adeptus fuerit , is præstantissimus ex omnibus esse judicatur , ac certaminis tollit præmia. Quid ergo ? si alter alterum lucta ,
pancra-

prancratio, aut pugilatu, occidit; Aquilia cessat: causa ea, quam Ulpianus adfert, quia virtutem & gloriam in re licita sectatus est, non injuriam: voluit certe, victoriam lucta, pugilatu, aut prancratio, de homine vivo & incolumi auferre, quod jus & mos patitur: at is infirmior fuit, quam ut his sufficeret; suffocatus est, aut verberare perit: puto, infortunium dicemus; aut si culpam, ei imputabimus, qui cum difficultatem rei & suam infirmitatem nosset, aut (ut commodè Epictetus *Enchiridio* c. 36.) ante considerare & nosse deberet, certamini se temere commisit: prorsus hanc adversario non imputabimus, qui ubi victoriæ studuit, tantum publico jure usus fuit. Atque hoc Ulpianus *d. loc.* probat, si in publico certamine factum sit; pariter ut Plato *De legibus* lib. ix. p. 865. sic scribens. *Si quis in pugna & certaminibus publicis nolens, sive e vestigiis sive postea morte consequuta, amicum interfecerit, vel in bello similiter, vel in exercitatione bellica, quum de Magistratum mandato, sive inermes, sive cum armis sese exercent, ad justi belli imitationem, is ea lege, qua oraculo Apollinis edita est, mundus censetur.* Hoc; si alter alterum occidit tum, dum exercentur. quod si cedentem vulneraverit; is, si Ulpiano fides *d. l. 7. §. 4.* adhuc Aquiliæ locum facit: quia cedentem & jam manum dantem cedere non virtus est, sed sævitia: præterea cum non alius sit hujus certaminis finis, quam ex adversarii ore victoriæ confessionem extorquere; plus satis gloriæ victori fuerit, hanc adversario confessionem expressisse: utique cum ei ultra jus non sit, si contra faciat; vere injuria dicitur. Hunc finem indigitat Seneca his verbis *De beneficiis* lib. 5. c. 3. *Lacedæmonii vetant suos prancratio aut castu decernere, ubi inferiorem ostendit victi confessio. Cursor metam prior contingit. velocitate alium non animo antecessit. Luctator ter abjectus perdidit palmam, non tradidit. Cum invictos esse Lacedæmonii cives suos magno aestimarent,*

ab his certaminibus removerunt, in quibus vult irem facit non judex, non per se ipse exitus, sed vox cedentis & tradere jubentis. Quæ hætenus dixi, ea procedunt in hominibus ingenuis, sed patribus familias: addo, in filiis familias: nam de his consentit Ulpianus; si in certamine vulnerati sint: (de quo jam supra c. 2.) in servis autem non procedunt. Quod ita? quia ingenuorum certamina sunt non servorum: ut verissime Ulpianus ait: dum hæc verba, *Quoniam ingenui solent certare, sic accipiantur, Quoniam præsertim ingenui solent certare:* videntur enim certamina, etsi servorum non fuerint, tamen & libertorum fuisse; maxime Augustalium. quod probat sequens Inscriptio apud Onuphrium Panvinium *Reipubl. Roman. comment. lib. 2. p. 210.*

L. AVRELIO

APOLAVSTO. MEMPHIO

AVGG. LIB. HIERONICAE

CORONATO. ET. TON. DIAPAN

TON. APOLLINIS. SACERDOTI

SOLI. VITTATO. ARCHIERI

SYNHODI. ET. AVGG.

L. AVRELIVS. PANICVLVS

QVI. ET. SABANAS

PATRONO. OPTIMO

Quid tamen, si servus non in certamine occisus sit? ait Ulpianus, Aquiliæ locum fieri, nisi si domino committente, factum sit: hoc est, domino pugnandi potestatem faciente. Qua ratione? quia actio legis Aquiliæ competit domino, cui damnum injuria datum est: dominus autem ubi servum suum commisit sponte & volens, hujus servus, si forte occisus sit, non intelligitur injuria occisus esse *l. 203. D. de regulis juris*: cum demum injuria fieri dicatur, quod sine jure fit: at quod domini consensu fit, hoc jure fit, & ideo male injuria appellatur.

CAPUT VIII.

Imperitia an & qualis culpa annumeretur? & quid de infirmitate dicendum sit?

Ex his constat, si non potuit cædes præveniri, aut cum potuit, fuit præter officium ejus, qui eam fecit, non videri injuriam; si potuit præveniri, atque ut id fieret, ad ejus curam pertinuit, magis injuriam intelligi. Exemplum præter superiora: si homo per imperitiam occisus sit. nam & ista culpæ annumeratur: ut Gajus ait *l. 132. D. de regulis juris.* imperitia tamen non quælibet, ne quis putet: (quod enim vitium est, quem id nescire, quod non affectet?) sed imperitia ejus rei, cujus scientiam professus est: ut optime Cicero definit *Pro Plancio.* Verba Ciceronis. *Omnes istiusmodi artes in iis reprehenduntur, qui cum professi fuerint, satisfacere non possunt, non in his, qui abfuisse ab his studiis profutur.* Sic Cicero; Persius quoque *sat. 5. vers. 96. & seqq.*

Stat contra ratio, & secretam gannit in aurem,

Ne liceat facere id, quod quis vitiabit agendo.

Publica lex hominum, naturaque continet hoc fas,

Ut teneat vetitos inscitia debilis actus.

Diluis helleborum certo compescere puncto

Nescius examen? vetat hoc natura medendi.

Navem si poscat sibi peronatus arator

Luciferi rudis, exclamat Melicerta perisse

Frontem de rebus. - - -

Ita est: imperitia extra culpam est, si nihil aliud accusetur: quod si miscetur professioni artis aut scientiæ, ob id alteri periculosa aut noxia est; vitio proxima videtur *l. 9. §. 5. & l. 13. §. 5. D. Locati & conducti.* Exemplum, quæ utique spectent ad hoc legis Aquiliæ caput, quædam apud Ulpianum & Gajum *l. 7. §. ult. & l. 8. D. Ad legem Aquiliam* in Medico sunt elegantia: nam etsi aliqua sit imprudentia ejus, qui se credidit imperito Medico, eamque castiget Phædrus *lib. 1. fab. 15.* non tamen hæc excusat Medicum, qui alteri nocet mendacio: id est, professione artis, quæ non intelligit: in primis quia (ut Plinius in *lib. 29. Natur. hist. c. 1.*) in hac artium sola evenit, ut cuicumque Medicum se professo statim credatur; cum sit periculum in nullo mendacio majus: non tamen illud intuemur, inquit. adeo blanda est sperandi pro se cuique dulcedo. Verum exempla videamus. primum est, si Medicus servum imperite secuit, Medicum & hic, & in *l. 4. §. ult. D. Ad legem Corneliæ de sicariis*, accipe eum, qui Plinio *d. c. 1. lib. 29.* appellatur *vulnerarius & vulnenum Medicus*: dicitur & Medicus chirurgus; ut in sequente Inscriptio- ne apud Manutium, *De Orthographia* pag. 243.

CHRES-

CHRESTAE. CONSERVAE. ET.
CONIVGI
CELADVS. ANTINOVS. DRVSI
MEDICVS. CHIRVRG.
BENE. MERENTI. FECIT
EA. VIXIT. AN. XVII.

Item in alia apud Gruterum pag. 400. Inscript. 7.

P. DECIMIVS. P. L. EROS
MERVLA. MEDICVS
CLINICVS. CHIRVRGVS
OCVLARIVS. VI. VIR

Alterum est: si Medicus medicamento, quo servus periit, perperam usus est. Optime Hippocrates lib. De affectionibus. Verba Hippocratis. Neque ab eo, qui curat, malum aliquod inferri debet: satis enim sunt, quae a morbis adsunt: verum, ut boni aliquid praestet, pro viribus curandum est. Quod si, cum probe curet Medicus, morbi magnitudine superetur aeger, haec Medici culpa non est, Si vero, cum recte non curet, neque morbum cognoscat, a morbo superetur, Medici culpa est. Exemplum tertium est: si Medicus bene secuit servum, sed curationem ejus dereliquit d. l. 7. §. 8. Et seq. non dicam, dolo, aut negligentia, sed intempestiva desperatione: nam oportet Medicum vel commoda vel incommoda in corpore futura praenoscere: ut Macrobius dicit lib. 1. Saturnal. c. 20. addens, Hippocratem scribere, Medicum oportere dicere de aegro,

Quae sunt, quae fuerint, quae mox ventura sequentur.

Igitur si curatione abstinuit Medicus, quia intempestive desperavit, & cito mortifera signa pronuntiavit, & ob id homo mortuus est: dubium non est, quin Medici culpa intelligatur. Seneca certe lib. 1. De clementia c. 17. Mali, inquit, Medici est desperare, ne curet. Idem in his, quorum animus affectus est, facere debet, cui credita salus omnium est, non cito spem projicere, nec cito mortifera signa pronuntiare. Sic, si imperite desperavit Medicus: at si artis secutus regulas, curationem dereliquit: nihil est, quod ei imputetur: cum praesertim desperatis etiam Hippocrates vetet adhiberi medicinam: ut Cicero refert Ad Atticum lib. 16. epist. 15. Apud Lucianum quoque in Abdicato pag. 486. Medicus, Cum, inquit, invocatus accessissem, non sum equidem protinus medicatus, neque enim hic nobis mos est, neque id praecipit ars, verum illud omnium primum jubemur observare, sanabilisne sit morbus, an insanabilis, atque artis terminos praetergressus, ac tum si ejusmodi fuerit malum, ut commode possimus aggredi, aggredimur, totoque adniti-mur studio, ut agrotum servemus. Quod si viderimus

jam invaluisse, superasseque, nec manum admolimur omnino, idque vetustam quandam legem eorum, qui primi medicina prodiderunt artem sequuti: qui negant, tentandos esse morbos, qui jam invaluerunt. Quod de Medicis dixi, non tantum de maribus verum est, sed de feminis quoque: nam & feminae Medicae habentur, obstetrices, verbi gratia. Justinianus auctor l. ult. C. Communia de legatis, addo, Ulpianus l. 1. §. 2. D. de extraordinariis cognitionibus, etiam vetus Inscriptio apud Gruterum p. 636.

DEIS MANIB

IVLIAE. Q. L

SABINAE

MEDICAE

Q. IVLIVS. ATIMETVS

CONIVGI

BENEMERENTI

Alia eadem pagina.

MINVCIA

o. L. ASTE

Item.

MEDICA

C. CORNELIVS

MELIBOEVS. SIBI

ET. SENTIAE. ELIDI

MEDICAI

CONTUBERNALI

Igitur de Medica sic idem Ulpianus l. 9. D. Ad legem Aquiliam. Item si obstetrix medicamentum dedit, & inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam. Quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit, quam occidit. Finiam hanc quaestionem, si addidero, apparere ex his, quae dixi, Plinium non respicere ad legem Aquiliam, cum sic scribit lib. 29. c. 1. Nulla praeterea lex, quae puniat inscitiam capitale, nullum exemplum vindictae. Discunt periculis nostris, & experimenta per mortes agunt: Medicoque tantum hominem occidisse impunitas summa est.

Proxima imperitiae videtur infirmitas: nam & ipsa, si sola sit, non magis potest cuiquam imputari, quam potest caeco aut surdo imputari vitium oculorum aut aurium: & tamen si quis affectaverit id, in quo vel intelligebat, vel debebat intelligere, infirmitatem suam alteri periculosam futuram; non videtur iniquum, si infirmitas culpae annumeretur: ut si mulio, propter infirmitatem suam, non possit sustinere mularum impetum, aut si quis impetum equi, quo vehebatur, propter infirmitatem, non possit retinere l. 8. §. 1. D. Ad legem Aquiliam.

CAPUT IX.

Occidere dici eum, qui qualemcumque eadem vi & manu facit; etiam eum, qui morti causam praebet: sed alterum ex vi & proprietate verbi, alterum ex mente & sententia legis. Occisum intelligi eum, qui statim exspiravit; etiam eum, qui ex intervallo mortuus est.

Sequitur in lege Aquilia, Qui occidit. Quid velit verbum, occidit, ejus origo ostendit. Cornelius Fronto, Occidere, inquit, ob eadem dicitur; caedere vero est percutere; occidere valde percutere. adeo auget oc in occidere, & verbi vim intendit. Hoc a Donato observatum ad illud Terentii in Adelphis 4. 2. Ctesipho me pugnīs miserum & istam psaltriam usque occidit. Porro quia ex immodica manus aut ferri percussione plerumque sequitur vulneratio & mors percussi hominis; fa-

cile usu venit, ut qui hominem tolleret vehementer percussione, eum occidere diceretur. Ea vis & potestas verbi. ex qua dubitatum fuit, si quis servum aegrotum leviter percusserit, & is obierit, an lex Aquilia locum haberet; nam qui hominem leviter percussit, proprie non videtur eum occidisse. Placuit tamen Ulpiano, legem locum habere ideo, quod aliud alii solet mortiferum esse l. 7. §. 5. D. Ad legem Aquiliam. Sed & eo itum est, ut qui hominem adhibita vi, & quasi manu, qualiter

liter qualiter interimeret, eum occidere diceretur; etsi neque verberibus uteretur, neque sanguis, neque ferrum, appareret. Hoc sane Quintilianus *Declam.* 350. annotavit, ut videtur, ad legem Corneliam; sed ad legem Aquiliam transferetur recte. Verba Quintiliani: *Cades videtur significare sanguine & ferreo. Si quis alio genere homo fuerit occisus, ad illa legem revertemur, si inciderit in latrinas aut in aquas precipitatus, si in aliquam immensam altitudinem dejectus fuerit, ea lege vindicabitur, quae ille, qui ferro percussus est.* Sic ille: etiam Cicero *Pro Scauro*, cum inquit, *Libertus patronum non occidit, sed duobus digitulis gulum obliquit.* Vult, eum qui strangulavit, occidisse, etsi neque vulnus, neque ferrum, arguatur. Similiter Ulpianus *l. 7. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, Occisum*, inquit, *accipere debemus, siue gladio, siue etiam fuste, vel alio telo, vel manibus, si forte strangulavit eum, vel calce petiit, vel capite, vel qualiter qualiter.* Et in *§. 2. d. l. 7. Sed* (id est, *sed &*) *si quis plus iusto oneratus onus deiecerit, & servum occiderit, Aquilia locum habet.* Idem Ulpianus praeterea exemplum ponit in obstetrice, quae mulieri manibus suis supposituit, vel dedit, medicamentum ex quo illa periit *l. 9. pr. D. Ad legem Aquiliam*; item in eo, qui alicui per vim aut suum medicamentum infudit vel ore vel clystere, vel si eum unxit malo veneno *l. 9. §. 1. D. eod. tit.* item, qui aliquem de ponte in flumen precipitavit; nam si corpore suo fecit, lege Aquilia tenetur, quemadmodum si quis puerum saxo illisisset *d. l. 7. §. 7.*

Quid, si eum non precipitavit, sed equo concitato precipitari fecit? quid, si alium non suo, sed alterius, impulsu occiderit? quid, si alii medicamentum non manu sua siue infudit, siue imposuit, sed ei dedit, ut sibi offerret? quid, si non manu, sed fame hominem necaverit inclusum alicui loco? quaestio ea vertitur, an qui non ipse occidit, sed praebuit morti causam, legi Aquiliae obligetur? & quidem in lege Cornelia de sicariis nihil interest: utrum occidat quis, an morti causam praebet: ut praeter Ulpianum *l. 15. D. Ad legem Corneliam de sicariis*, etiam Lucianus definit in *Tyrannicida* his verbis. *Equidem & illud memini differi in legibus, causam mortis esse duplicem, si quis ipse occidat, aut si non ipse quidem occidit, neque manu facinus peregit, verum compulit, aut mortis causam praebuit.* Ex quo & hunc quoque lex censet supplicio affici oportere. Ita in lege Cornelia: sed in Aquilia contra est: & differentiae causa, quod lex Cornelia meminit non tantum huius, qui occidit, sed ejus quoque cujus id dolo malo contigit; ut ex Ulpiano constat *Tit. 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*: at lex Aquilia tantum punit illum, qui hominem occidit; non etiam hunc, qui id fecit, ut homo occideretur. Et hoc clare Ulpianus *l. 51. D. Ad legem Aquiliam*; cum inquit, *Legem Aquiliae eum demum teneri visum esse, qui adhibita vi, & quasi manu, causam mortis praebuisset; tracta videlicet interpretatione vocis (occidere) a cadendo, & a cade.* Unde apparet, eum, qui homini mortem aliter infert, quam manu, si quidem spectes verba legis, non teneri directa actione. Ceterum, quia haec legis mens est, ut homine per injuriam sublato, domino ejus damnum sarciatur,

neque alia ostenditur actio, qua agere possit; placet, id quod verbis deest, ex sententia suppleri, & ad exemplum legis Aquiliae utilem actionem domino dari *§. ult. Inst. de lege Aquilia*, quae & simpliciter legis Aquiliae actio appellatur *l. pen. C. eod. tit.* dicitur & in factum, non tantum utilis, actio *l. 7. §. 6. & §. 3. item l. 9. pr. §. 2. & 3. D. eod. tit.* quae enim utilis, ea & in factum, & extraordinaria, actio appellatur: uti discas ex conjunctione *l. 18. §. 1. D. de judiciis. l. 17. D. de rebus creditis. l. 13. D. de obligationibus & actionibus.* Utilis igitur & hic in factum actio, sed civilis, non praetoria, intelligenda est.

Ita, ubi non homo occisus est, sed est causa data ejus morti. quod imprudentibus saepe videtur, cum nulla data sit: uti in re ficta pulchre ostendit Quintilianus *lib. 7. Inst. orat. cap. 3. ad fin.* intererit, ejus verba adscripsisse: quia nil prohibet, ea produci ad legis Aquiliae explicationem. ea verba sunt. *Illud alterum genus, quo sit manifestius adolescentibus meis, (meos enim semper adolescentes putabo) hic quoque ficta controversia utar exemplo. Juvenes, qui convivere solebant, constituerunt, ut in littore cenarent. Unius, qui cena defuerat, nomen tumultu, quem exstruxerant, inscripserunt. Pater ejus a transmarina peregrinatione cum ad littus idem appulisset, lecto nomine suspendit se. Dicuntur hi causa mortis fuisse. Hic finitio est accusatoris. Per quem factum est, ut quis perierit, causa mortis est. Rei est, Qui fecit quid sciens, per quod perire homini necesse esset. Remota finitione accusatori sat est dicere, Causa mortis fuistis; per vos enim factum est, ut homo periret, quia nisi vos illud fecissetis, viveret. Contra, non statim per quem factum est, ut quis periret, is damnari debet, ut accusator, testis, iudex rei capitalis. Nec undecumque causa fluxit, ibi culpa est: ut si cui, quis profectionem suaserit, ut ad amicum accedat trans mare, & is naufragio perierit ad cenam invitavit, & is cruditate illic contracta decesserit. Nec fuit in causa mortis solum adolescentium factum, sed credulitas senis, & in dolore ferundo infirmitas; denique, si fortior fuisset, aut prudentior, viveret. Nec mala mente fecerunt: & ille potuit vel ex loco tumuli, vel ex loco tumultuario suspicari, non esse monumentum. Qui ergo puniri debent? in quibus omnia homicidae sunt praeter manum. Sed in viam.*

Ex his apparet, legem Aquiliam loqui de homine occiso. Quid, si vulneratus sit mortifero vulnere, non tamen statim, sed post intervallum, mortuus? ego probo, quod verbi origo patitur, etiam Ulpianus, & Julianus, indicant *l. 15. §. 1. & l. 51. D. Ad legem Aquiliam*, lege Aquilia teneri non tantum eos, qui hominem ita vulnerassent, ut eum confestim vita privarent, sed & hos quorum ex vulnere certum esset vita excessurum. Inde Alfenus definit *l. 52. D. eod. tit.* si ex plagis servus mortuus esset, neque id Medici inscientia, aut domini negligentia accidisset, recte de injuria occiso eo agi. Atque ita est: si homo vulneratus sit mortifero vulnere, ex quo & decessit; is ex quo vulneratus est, jam

occisus intelligitur, etsi cades eo demum mortuo apparuerit.

* *

CAPUT X.

Hoc capite teneri omnem, qui injuria occidit. An & furiosus, infans, infante major, aut proximus pubertati? & quinam dicantur tales? Quid, si servus alium occidat, vel ignorante, vel sciente, vel jubente, vel invito, domino? Sensus l. 2. D. de noxalibus actionibus, & quarumdam aliarum. Quid, si homo liber occidat jussu alterius. Quid, si homo a pluribus in rixa occisus sit, & auctor cadis vel sciatur, vel ignoretur? Quid, si ab uno mortifere vulneratus, ab alio similiter ictus statim decedat? ad l. 51. l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. An heres ejus, qui hominem occidit, lege Aquilia teneatur?

O Stendi, quando detur actio legis Aquiliæ. videamus, adversus quem danda sit. id vero lex indicat; cum ait, *Qui injuria occiderit, damnas esto.* jubet enim, damnavi eum, qui occidit: neque aut statum ejus, aut ætatem, distinguit. proinde cujuscumque conditionis, aut ætatis, sit, qui occidit, lege Aquilia tenetur: modo si injuria seu culpa occidit. Quid, si furiosus sit? negat Ulpianus l. 5. §. 2. D. *Ad legem Aquiliam*, teneri eum: quæ enim, inquit, in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit? cessabit igitur Aquilia actio: quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit: id est, quemadmodum si casu aliquo, sine facto personæ, acciderit: ut Pomponius loquitur l. ult. in fin. D. de administratione & periculo tutorum & curatorum. In eumque sensum & Seneca lib. 2. *De ira* c. 26. de brutis animalibus, *Nocere, inquit, nobis possunt, ut ferrum aut lapis: injuria quidem facere non possunt.* Idem est in infante, qui est puer septennio minor: ut quidem Imperatores exponunt l. 18. C. de jure deliberandi, & Ulpianus l. 1. §. 2. D. de administratione & periculo tutorum: adde, Isidorus lib. 11. *Orig. c. 2. p. 1102.* cum sic scribit. *Prima ætas infantia est pueri nascentis ad lucem, quæ porrigitur in septem annis.* Et post. *Infans dicitur homo primæ ætatis, dictus autem infans, quia adhuc fari nescit, id est, loqui non potest: nondum enim bene ordinatis dentibus minus est sermonis expressio.* Si, inquam, infans damnum dederit, idem dicendum erit, quod de furioso, quod de quadrupede, quod de tegula, dictum. Nam infantem quoque Seneca epist. 118. vocat *irrationalem*; & epist. 124. *nondum rationalem.* Quid, si impubes fecerit? hoc est, is, qui est intra annum quartum decimum, quæ ætas Isidoro d. c. 2. & Hippocrati appellatur secunda ætas; cum Varroni prima sit usque ad annum quintum decimum: ut Censorinus docet *De die natali* c. 14. Sed ad rem. Si impubes damnum dederit, ait Labeo, quia furti tenetur, & Aquilia eum teneri. Sed id tum verum est, si jam injuriæ capax sit d. l. 5. §. 2. D. *Ad legem Aquiliam* id est, si proximus pubertati sit: nam hunc & doli, & furti, & injuriæ, capacem esse, Ulpianus definit l. 13. §. 1. D. de dolo malo. Sed si admodum impubes sit; magis placet, eum non esse doli capacem l. 3. §. 1. D. de sepulchro violato: quia (ut Imperator Justinianus ait §. 10. *Inst. de inutilibus stipulationibus*) infans, & qui infantia proximus est, non multum a furioso distant, eo quod hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Neque obstat, quod mox idem Imperator addit, in proximis infantia, propter eorum

utilitatem, fieri benigniorem juris interpretationem, ut habeant idem juris, quod pubertati proximi. Hæc enim benigne facta in eorum utilitatem, non est contra ipsorum commodum producenda ad severitatem. Porro Veteres proximum pubertati vocant eum, qui prope pubertatem est l. 4. §. 26. D. de doli mali & metus exceptione, vel qui non multum a pubere ætate abest l. 14. D. de Senatusconsulto Siliano: qualis, qui jam tredecim annorum est, auctor mihi Servius ad Virgilium, *Eclog. 8. vers. 39.* qui est,

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus. nam sic scribit. *I. e. decimus tertius. alter enim de duobus dicimus, & vult significare, se jam vicinum fuisse pubertati, quod de duodecimo anno procedere non potest. Bene cum annis jungit habitum corporis: nam & in jure pubertas ex utroque colligitur.*

Ex his apparet, eum, qui servum aut pecudem injuria occidit, quacumque ætate sit, aut conditione, lege Aquilia teneri. Quid, si servus sit? in eo non una inspectio est: nam vel ignorante, vel invito, vel sciente, vel jubente, domino occidit. & si insciente, vel invito, domino occidit, tantum dabitur contra dominum noxalis actio: quia non debuit dominus ex maleficio servi teneri ulterius, quam ut servum noxæ dedat. sic ad hanc legem definit Ulpianus lib. 18. ad Edictum l. 2. D. de noxalibus actionibus. scilicet, ne esset in potestate servi, dominum aut invitum, aut ignorantem, in infinitum obligare. Quid, si jubente domino occidat servus? placet, dominum qui occidi jubet, civili interpretatione occidere intelligi. tenebitur igitur dominus ea in specie suo nomine d. l. 2. Sed an servi quoque nomine tenebitur noxali judicio? non putat Paulus l. 169. D. de regulis juris, *Eum, inquit, damnum dare videri, qui jubet dare; ejus vero nullam culpam esse, cui parere necesse sit.* Sic Paulus: nec dubium, quin ad legem Aquiliam respiciat: quippe cum is locus sit ex libro ejus secundo ad Plautium, ex quo item sunt l. 33. D. *Ad legem Aquiliam*, & l. 13. D. de interrogationibus in jure faciendis: quas certum est ad legem Aquiliam pertinere. Igitur, si servus jussu domini damnum injuria dedit: tantum dominus deliquit, teneturque suo nomine directa actione: servus non deliquit, neque ejus nomine adversus dominum comperit noxalis actio. idque indistincte verum est, sive homine occiso damnum dederit servus, sive aliter: nam utrâque in specie Aquilia parcat paranti imperio domini. Quid, si hominem occiderit, non quidem jubente domino, sed sciente, & non prohibente? & si tan-

si tantum scivit dominus, sed non prohibuit; non potest excusari servi factum: quæ enim necessitas ei fuit parendi domino, qui nihil iussit, etsi scivit, & non prohibuit? nulla sane. Igitur obligatur ea in specie servus, quia fecit; etiam dominus, quia cum posset, non prohibuit *l. 4. §. 1. D. de noxalibus actionibus*, & non prohibendo iussisse intelligitur: ut Seneca censet in *Troad.* cum infir.

Qui non vetat peccare, cum potest, jubet.

Hoc, si occidit servus, domino sciente & non prohibente: at eo iubente servus si fecit, ut dixi, a lege Aquilia excusatur. Nisi resistit lex Duodecim Tabularum, qua cautum fuit, Si servus, sciente domino, furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine quidem noxalem actionem dari, dominum autem suo nomine non teneri. Et, si Ulpiano fides in *d. l. 2. §. 1.* quæ est ex libro ejus xviii ad Edictum, credidit Celsus, interesse inter legem Duodecim Tabularum & legem Aquiliam: nam illam quidem sic acceptam esse, quasi non voluerit, servos hac in re dominis obtemperare; hanc vero ita, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, ipse periturus, si non fecisset. cæterum etsi cesset lex Aquilia, tamen quia usitatum est, priores leges etiam ad posteriores trahi, magis visum Ulpiano ex auctoritate Juliani & Marcelli *d. l. 2. §. 1.* cum lege Aquilia etiam legem Duodecim Tabularum concurrere, & per illam non tam servum excusari, quam dominum onerari: igitur actionem noxalem servi nomine, si is damnum dedit, domino iubente, etiam adversus dominum permitti. Atque ita est: lex Aquilia parcat servo, hominem aut pecudem jussu domini occidenti: sed lex Duodecim Tabularum, aliæque partes juris ei non parcunt, cum domino obtemperat illa in specie, aut etiam in aliis, in quibus arguitur atrocitas sceleris: etsi ei ignoscunt parenti in his, in quibus ea nulla arguitur: auctore Ulpiano *l. 157. D. de regulis juris*. Utrumque indicat Alfenus: sic scribens, *Servus non in omnibus rebus sine pœna domino dicto audiens esse solet: sicut si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere, servum iussisset. Quare, quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi fecisset, qua vis a maleficio non abesset: ita oportet pœnas eum pendere. Sed si aliqua rixa ex litibus & contentione nata esset, & ab his rebus facinus abesset: tum non convenit Prætorum, quod servus jussu domini fecisset, de eare in liberum judicium dare l. 20. D. de obligationibus & actionibus*. Sic ille: Seneca quoque lib. 3. *De beneficiis c. 20.* Verba Senecæ. *Non aut nos omnia jubere possumus, aut in omnia servi parere coguntur. Contra rempublicam imperata non facient, nulli sceleri manus commodabunt. Tantum de servo.*

Idem dicemus de homine libero, si jussu alterius manu injuriam dedit: nam actio legis Aquiliæ cum eo est, qui iussit, si modo jus imperandi affuit: quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit *l. 37. D. Ad legem Aquiliam*.

Ut dixi, lex jubet, eum damnari, qui servum aut pecudem injuria occidit; & personam quæ, teneatur, singularem ac certam indigitat. Quid si homo a pluribus in rixa sit occisus? ait Ulpianus, si liquet, cujus ictu perierit, illum solum, quasi occiderit, lege Aquilia teneri: sin ignoretur, magis omnes, quasi occiderint, lege Aquilia obligari *l. 11. §. 2. l. 51. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*. Sic ille. An vere? fac, in his esse qui hominem percusserint, sed non vulneraverint, aut non occi-

derint: quid dicemus, eos teneri? Si tamen hoc cui durius videbitur; is cogitet, ecquid melius constituere possit: sed eo deveniet, ut aut neminem ex his legi Aquiliæ obliget, aut unum. at si neminem dicet, aperte absurdus erit: cum maleficia impunita esse non oporteat. quod si unum dicet, pene frustra erit: quis enim distinguat in re obscura, in qua nemo cædis manifestus est, quis omnium potius lege Aquilia teneatur? abeunt igitur in diversum & disputationis subtilitas, & puniendi maleficii ratio. Sed placuit, pro communi utilitate definire, omnes teneri, etsi nemo arguitur: ita enim solent nostri; quoties nihil sine captione investigari potest, eligunt id quod minimum habeat iniquitatis *l. 200. D. de regulis juris*. Igitur, homine a pluribus occiso, omnes in solidum tenentur. Sed quomodo? perinde quasi singuli peccarint; itaque consequens est, ut, si unus solvat, cæteros non liberet, cum sit pœna: id est, cum pœnam solvat, sed suam *l. 11 §. 2. D. Ad legem Aquiliam*. Neque obstat actio Quod metus causa: qua, re per multos metu ablata, omnes similiter tenentur, sed ut unius solutio cæteris ad liberationem proficiat *l. 14. §. 1. seq. D. Quod metus causa*. interest enim, quod actio Quod metus causa naturaliter persequutoria habetur, etsi pœnalis sit per causam non restitutæ possessionis: contra Aquilia natura pœnalis habetur, persequutoria non habetur, præterquam per occasionem. ita in altera quod unus solvit, reliquos liberat: in altera, quod unus solvit, non relevat reliquos: quia in altera magis rem, in altera magis pœnam, solvere intelligitur. Quamquam & hoc difficultatem recipit, propter actionem De dejectis & effusis: qua, si quid dejectum vel effusum sit ex plurium cœnaculo, omnes quidem in solidum tenentur, sed si unus solverit, reliqui liberantur *l. 1. §. ult. & l. seqq. D. de iis qui dejecer. vel effuder.*; & tamen hæc æque pœnalis actio est, ac illa quæ est legis Aquiliæ. Sed observandum est, quod homine a pluribus percusso, plura facta accusantur; neque iniquum est, sui quemque facti pœnam præstare *l. 9. D. de noxalibus actionibus*: sed cum ex plurium cœnaculo quid dejectum aut effusum est, una tantum culpatur dejectio aut effusio: in qua æquum est, unam saltem condemnationem fieri; & in solidum quidem teneri omnes: sed non alia causa, quam quod unus ignoratur.

Ex his sequitur elegans quæstio, quam Julianus proponit, & definit, sed infelicitè, verbis sequeatibus *l. 51. D. Ad legem Aquiliam*.

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est, & postea ab alio ictus decessit. quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit, occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo præbuit. sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi, & quasi manu causam mortis præbuisset; tracta videlicet interpretatione vocis a cadendo & a cade. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum, qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus influxerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuen- dum est, utrumque eorum lege Aquilia teneri.

idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus (idem) servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet; nam qui prior vulneraverit, tantum præstabit, quanti in anno proximo homo plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus. posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire potuerit in anno proximo, quo vita excessit; in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem estimationem præstabit. nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa & diversis temporibus occidisse hominem intelligitur. Quod si quis absurde a nobis hac constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat, nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest, unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur: quamvis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri: quia neminem verum sic eam sustulisse.

Proponitur servus ita vulneratus esse a Titio; ut certum esset, eo vulnere moriturum esse. idem proponitur postea a Sempronio ictus decessisse: id est, statim decessisse ex ictu, vel (ut Ulpianus in fit l. xi. §. 3. D. eod. tit.) exanimatus. id thema est, & intelligitur ex l. 15. §. 1. eod. tit. & illis quæ sequuntur in pr. §. 1. & 2. d. l. 51. nam in his omnibus est fere idem sermonis tenor. Igitur proponitur servus ita a Titio esse vulneratus; ut certum esset, eo vulnere moriturum esse. idem proponitur postea a Sempronio ictus statim decessisse. Quæritur, an servi dominus possit cum utroque de occiso experiri? Et Julianus putat. quam ob rem? quia parum distingui potest, uter magis occidisse videatur: alter enim mortifere vulneravit servum, alter exanimavit: alter præbuit morti causam, alter occidit, denique, in lege Aquilia non quidem occidisse intelligitur is qui quolibet modo, sed qui adhibita vi, & quasi manu, causam mortis præbuit: monstrante id verbi, quod a cædendo venit & a cæde, proprietate atque origine. nec tamen hoc sic acceptum est, quasi proinde occidere istantum videatur qui hominem ita vulneravit, ut eum confestim vita privaret; sed & hic cuius ex vulnere certum esset eum vita excessurum esse. patitur ergo loquendi ratio & ambiguitas, ut uterque, quasi occiderit, lege Aquilia teneatur. Idem suadet Veterum in re obscura adversus disputandi subtilitatem ratio atque auctoritas. Ne multis opus sit: ecce, servus a pluribus occisus est, sed cuius ictu perierit, parum liquet. item plures alienam trabem furandi causa sustulerunt, sed singuli eam ferre non potuerunt: potest in ista specie dici, eorum neminem sustulisse: etiam potest in illa dici, neminem quasi homicidam obligari: quia nemo convincitur. Sed ne utilitas puniendi maleficii probationis inopia intervertatur; utrimque obtinuit, magis omnes, quam neminem, obligari. id vero si in illis speciebus placet; quid ni in proposita dicetur? in qua neque maleficia impunita esse oportet, neque facile constitui potest, uter potius occiderit: quod alter fecit, ut homo moreretur: alter in

causa fuit, ut maturius moreretur. Hæc Juliani sententia: sed neque rationi amica, neque usu recepta est. E re erit, id paucis demonstrasse. Quod ait Julianus, hominem occidisse intelligi eos, quorum ex vulnere eum vita excessurum esse, constat: id verissimum est, cum mortifere vulneratus homo periit, non accepto post alio vulnere. at cum a Titio primum mortifere vulneratus, deinde a Sempronio ita percussus est, uti confestim exanimaretur, aliud dicendum est: quia, etsi moriturus fuisset ex Titii vulnere, tamen ex Sempronii vulnere mortuus est. at si homicida paret; quid utile est, eum qui homicida non est, homicidam interpretari? Nihil sane: & ita Ulpianus l. 11. §. 3. D. Ad legem Aquiliam.

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit: quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod & Marcello videtur, & est probabilius.

Ait, Celsum scribere, cum Titius servum mortifero vulnere percussit, sed Sempronius eum postea exanimavit, Titium quidem de vulnerato teneri, quia servus ex alio vulnere periit, id est, quia certum est, servum alio vulnere periisse: sed Sempronium, quia occidit, id est, Sempronium, quia indubitate aque ipso ictu occidit, de occiso teneri. Id vero cum & Marcello videri, Ulpianus scribat, & longe probabilius dici: quid verius est, quam contrariam Juliani sententiam non ratione tantum improbatam esse, sed usu quoque. Quid, si addam, vel Juliano displicuisse? forte id durum videtur, & tanto nomine indignum. Sed dies diem docet; & nihil veritus Imperator, Æmilii Papiniani, hominis sane excellentis & sublimis, variantes sententias allegare l. ult. §. 3. C. de furtis. Sed neque puduit Papinianum l. 6. §. 1. D. de servis exportandis, ita scribere, Nobis aliquando placebat, & subicere, Sed in contrarium me vocat Sabini auctoritas. Jam quis Ulpiano aut diligentior est, aut prudentior? hic tamen ejus quod retinet se dixisse, profitetur se contrarium arbitrari l. 92. D. de conditionibus & demonstrationibus. Nectantum nostris ea placuit ingenuitas, sed & Senecæ: nam lib. 4. De beneficiis c. 38. sic inquit. Non est levitas a cognito & damnato errore discedere, & ingenue fatendum est. Aliud putavi; deceptus sum. Hac vero superba stultitia perseverantia est. Quod semel dixi, qualecumque est, fixum ratumque sit. Adeo Veteres, illi sancti & religiosi homines, suos aliorumque lapsus pari ingenuitate & agnoscebant, & castigabant: neque fuerit insolens, aut Juliano indignum, si in illo consimilem varietatem, an animi magnitudinem, indicamus simul, & laudamus: eam præsertim indigitante Ulpiano verbis sequentibus l. 15. §. 1. D. Ad legem Aquiliam.

Si servus vulneratus mortifere, postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato: sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse, Julianus ait. hæc ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc cum vulnerabas: quod mortuo eo demum apparuit. in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum & heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse.

Sensus

Sensus est, si servus mortifere vulneratus, deinde ruina vel naufragio vel alio ictu maturius periit, prius vulnerantem non de occiso, sed de vulnerato, teneri; sed si primum mortifere vulneratus, postea manumissus vel alienatus interiit, ut tamen ab alio non acceperit secundum vulnus, (sic Græci hanc confingunt speciem *Basilic. lib. 60. tit. 3. p. 80. § 21.*) cum eum, qui vulneravit, magis de occiso teneri, quam de vulnerato. Hæc Ulpiani definitio, & ipsa ex Juliano, ut vides; causa ea, quod servus, qui a Titio vulneratus mortifere, periit non accepto post alio vulnere, fere ex Titii vulnere periisse videtur: cum præsertim non secuto secundo vulnere, nulla nisi ex prioris mortis causa ostendatur. proinde res sic accipitur, quasi servus jam tum, cum vulneratus est, occisus sit, sed ejus cædes demum eo mortuo apparuerit. Hoc, si post primum vulnus non est aliud deinde insecutum. at si servus a Titio mortifere vulneratus, dein ruina vel naufragio vel alio ictu periit: placet, Titium, etsi servo dederit mortiferum vulnus, de vulnerato quidem, sed non de occiso, teneri: quia ruina, verbi gratia, jam non est passa apparere, an servus a Titio occisus sit. imo ex ruina jam apparet, servum aliunde, quam ex Titii

vulnere, periisse; licet alioquin ejus vulnus fuorit mortiferum.

Revertamur ad legem Aquiliam. Ait ea, *Qui occiderit, damnas esto.* Lex quidem vult, eum, qui occidit daminari; sed de herede fileat. At cum huc deventum sit; ut, cum de herede quæritur, creditum sit, referre, utrum pœnalis actio sit, an rei persequutoria, & hoc casu heredem teneri, illo non alias, quam si locupletior factus sit: hæc fere quæstio erit, utrum actio legis Aquiliæ pœnalis sit, an persequutoria. Et puto, si reum spectes, nisi locupletior factus sit damno dato, eam pœnalem actionem esse: sin actorem spectes, interdum persequutoriam videri: ut si homo, qui occisus est, toto anno numquam pluris fuit §. 23. *Inst. de actionibus.* Cum tamen hoc sit, non tam jure actionis sit, quam per occasionem: & ideo verius dicetur, quamquam mixta actio sit, tamen magis pœnalem esse, neque adversus heredem ejus, qui occidit, competere. id præsertim, quia ea pœna lege Aquilia non tam singulis speciebus, quam generaliter delicto, constituta est. §. 9. *Inst. de lege Aquilia. l. 23. §. 8. D. eod. tit. l. 111. §. 1. D. de regulis juris.* Dixi, adversus quos actio lege Aquilia competat.

CAPUT XI.

Ex primo capite legis Aquiliæ actionem dari hero, seu domino: id est, ei, qui tum dominus fuit, cum servus aut pecus occideretur: neque interesse, utrum perpetuus dominus sit, an temporarius. Quid, si deinde desierit dominus esse? quid, si post factus sit, sed fictione juris retro dominus habeatur? An domini appellatione bonæ fidei possessor contineatur? Et quid de fructuario, de commodatario, & creditore pignoratitio?

SEquens quæstio erit, quibus ea actio detur. & apparet, hero dari. sic enim lex loquitur: hero autem, id est, domino: ut Ulpianus exponit *l. xi. §. 6. D. Ad legem Aquiliam.* Herum porro lex generaliter dicit: qualiscumque igitur herus sit, cui damnum injuria datum est, ei Aquilia competit: nec refert, utrum perpetuum ejus dominium sit, an deinde desitutum: sufficit enim, tam herum esse; cum servus occiditur: neque minus servum suum esse vindicabit dominus, etsi dominium ab eo abiturum speretur *l. 66. D. de rei vindicatione.* exemplum tale in *l. xi. §. 7. D. Ad legem Aquiliam*: In servo, quem tibi redhibiturus sum, damnum injuria datum est: quæritur, utrum legis Aquiliæ actio mihi competat, an tibi: nam tu futurus es servi dominus, ego desitutus sum. ego tamen interim dominus sum. igitur verius est, actionem mihi competere: sed redhibito servo cogar tibi reddere omnia, quæ mihi per eum extra rem meam acquisita sunt: id enim redhibitioni consequens est *l. 23. §. ult. §. l. 24. D. de Edictio edicto.*

Plus dicam: si servi dominus fui, cum occideretur, sed esse desii vel alienatione, vel manumissione, vel similiter; nihilominus competit mihi actio legis Aquiliæ. Pomponius certe inquit, Quæcumque actiones mihi servi mei nomine cæperunt competere vel ex Duodecim Tabulis, vel ex lege Aquilia, vel injuriarum, vel furti, eadem durant, etsi servus postea vel manumissus, vel alienatus, vel mortuus fuerit *l. 56. D. de obligationibus & actionibus.*

Dat igitur lex actionem domino: id est, ei, qui dominus fuit, cum daretur damnum. Quid: si tum

non fuerit, sed post dominus factus, fictione juris retro dominus habeatur? Et Pomponius putat, etiam huic actionem dari, propositis variis exemplis *l. 43. D. Ad legem Aquiliam.* Unum est, si cui damnum datum fuit, cum in hostium potestate esset: qui quo tempore hostium servus fuit, non fuit servi sui dominus: & tamen reversus postliminio, perinde agere poterit, ac si semper in civitate, id est, semper dominus, fuisset. Alterum exemplum est: si servus occisus sit post domini mortem, antequam natus sit ejus posthumus: nam quamdiu nondum natus est, nondum dominus videtur; sed cum natus est, datur utilitati ejus, ut jam tempore mortis servi natus, id est, dominus, fuisse intelligatur. Similiter si servus occisus sit vivo domino; poterit heres ejus, quamquam non fuerit servi dominus, tamen quia dominum repræsentat adita hereditate, lege Aquilia experiri. Præterea si servus, jacente hereditate, sit occisus, quia nemo jam dominus ejus est, placet, actionem hereditati, velut dominæ, adquiri, sed ut ea heres, adita hereditate, experiatur. *d. l. 43. l. 13. §. 2. D. Ad legem Aquiliam.* Similis aut major fictio adhibetur, cum servus legatus post aditam hereditatem occisus fuit, antequam legatarius legatum agnosceret: nam si jam ante agnovit, videtur legatarii fuisse a tempore aditæ hereditatis; si vero neque agnovit, sed neque repudiavit, in suspenso dominium est: prorsus, ut si post agnoscat legatum, ejus retro fuisse videatur; sin repudiet, magis heredis retro fuisse intelligatur. *l. 44. §. 1. l. 86. §. 2. D. de legatis lib. 1.* Puto,

id Ulpianus vult *d. l. 13. §. 3. D. Ad legem Aquiliam*; cum sic scribit, *Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliæ actionem legatario, si non post mortem servi agnovit legatum, quod si repudiavit, consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere.* Ita Florentiæ legitur, *si non post*: sed, quod suadet codex Haloandrinus, scribendum est, *si modo post*: parva neque infrequente mutatione: cum vox ista non ita nō, illa modo sic mō scribi soleat. Sed hoc quia memini me in similibus observare & tradere *lib. 3. Probabilium juris c. 4.* actum non agam. Potius videbo, si servus legatus ante aditam hereditatem occidatur, cui Aquilia competat. Et Ulpianus ait *l. 15. D. Ad legem Aquiliam*, apud heredem remansuram Aquiliam, per hereditatem illi adquisitam. Quod sic accipiendum est, ut ad legatarium ne tum quidem pertineat, si velit, legatum adita hereditate agnosce-re: quamquam enim legatum dominum facit legatarium, tamen non ante facit, quam cum hereditas ab herede adita sit: ut Theophilus observat *ad §. 2. Inst. de legatis*: hoc vero tempore legato extincto interitu legati servi, non putarunt Veteres, legatarium aut posse id agnoscere, aut ejus dominum fieri. Quid ergo? placuit, actionem legis Aquiliæ heredi per hereditatem acquiri, neque eam teneri hanc legatario cedere; sed rem perinde haberi, ac si servus legatus cum lucro heredis mortuus esset; quod interdum fieri Marcianus probat *l. 114. §. ult. D. de legatis lib. 1.* Ita, si servus legatus ante aditam hereditatem sit occisus. Quid, si vulneratus sit, non occisus? remanet in hereditate actio; sed heres eam legatario cedere debet, *l. 15. D. Ad legem Aquiliam*: quia homine, qui legatus est, vulnerato, extat hominis legatum, etiam peti potest: quid ni igitur actio, quæ heredi per hereditatem adquisita fuit occasione hominis legati, ab eo legatario cedatur? *l. 66. §. 2. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* Hoc, si extraneus, id est, non heres, occiderit legatum servum: quid, si eum heres ipse occiderit? dicendum est, dandam legatario in heredem esse actionem *l. 14. D. Ad legem Aquiliam*: maxime, si eum post aditam hereditatem, amplius post agnitum legatum, occiderit: nam si ante occisus sit, quia sublatus est, priusquam legatarii fuit, Aquilia cessat, sed ei ex testamento actio dabitur, *l. 7. §. 4. D. de dolo malo.*

Igitur lex, occiso servo, consulit domino: addo, & bonæ fidei possessori: nam quamvis is non sit dominus, tamen bona fides ei tantumdem præstat interpretatione, quantum veritas, *l. 136. D. de regulis juris*: id est, quantum verum dominium. proinde ut domino propter dominium, sic possessori propter bonam fidem, indulgetur legis Aquiliæ actio: sed alteri directæ ex verbis legis, alteri ex mente utilis, quam Ulpianus actionem in factum vocat, *l. 11. §. 8. D. Ad legem Aquiliam.* idque adeo placet, ut etiam ipse dominus, si injuria occiderit servum suum, qui ab alio bona fide possideatur, huic actione in factum teneatur, *l. 17. pr. D. sod. tit.* Hoc in bonæ fidei possessore.

Quid de fructuario dicemus? & quia usufructus magis in jure, quam in parte, habetur, *l. 25. D. de verborum significatione*, quippe cum sit jus utendi fruendi rebus alienis *l. 1. D. de usufructu*: apparet, fructuarium neque rei dominum esse *l. 43. §. ult. D. de furtis*, neque directam legis Aquiliæ actionem exercere. Habet tamen jus in re *l. 19. D. de damno infecto*, ejusque emolumentum *l. 66 §. 6.*

D. de legatis lib. 2. & ob id dominum imitatur multis casibus *l. 4. D. de usufructu*: eo certe nomine illi datur utilis aquæ pluvie arcendæ actio *l. 22. D. de aqua & aqua pluvie arcendæ actione.* quid mirum igitur, ei etiam utilem actionem dari exemplo Aquiliæ *l. 17. §. ult. D. de usufructu. l. 11. §. fin. D. Ad legem Aquiliam.*

In commodatario non idem visum: Ulpianus sane *l. 11. §. 9. D. Ad legem Aquiliam*, eum cui vestimenta commodata sunt, si scissa fuerint, negat lege Aquilia agere, sed dominum. Neque obstat, quod actio: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur etiam commodatario & fulloni prodest *l. 2. D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* nam Græcis placet *Basilic. lib. 60. tit. 3. pag. 75. & 76.* damnum ab homine datum, ideo commodatarium aut fullonem non sequi; quia nulla possunt diligentia cavere, ne sibi a quo alio, qui viribus aut ingenio eis par aut superior sit, damnum injuria inferatur: quod & traditum *l. 19. D. Commodati vel contra. l. 41. D. Locati conducti.* at si a quadrupede datum sit damnum; placet, damnum ad eos pertinere ideo, quia hanc abigendo impetrare possunt, ne ea rem locatam aut commodatam faciat deteriore: idcirco rationis esse; ut hac in specie eis adversus dominum animalis noxalis actio accommodetur, cum ipsi commodatori aut locatori de custodia teneantur; illa autem in specie eis non detur ex lege Aquilia actio: quippe cum ipsi hætenus commodatori aut locatori de custodia non teneantur, sed res domino pereat.

Quæsitum inde apud Paulum *l. 30. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*, si servus pignori datus injuria occisus sit, utrum debitori, an creditori, competat legis Aquiliæ actio? quæstio in eo vertitur, quod debitor dominus est, creditor non est. Sed quid, si intersit creditoris, hanc actionem ei ideo dari, quod debitor solvendo non est, ob hujusque inopiam ei inanis est personalis actio, id est, debitum perit: ut bene Martialis interpretatur *l. 2. Epigr. 3.* his versibus.

Sexte nihil debes, nil debes, Sexte fatemur:

Debet, enim si quis solvere, Sexte, potest.

Quid, si idcirco creditoris intersit, quod litem tempore amisit, puta, actionem redhibitoriam, quanti minoris, vel similem quæ tempore finitur? constat enim, principali actione per præscriptionem sublata, nihilominus hypothecariam actionem superesse, durante naturali obligatione *l. 27. D. de pignoribus & hypothecis. l. 59. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* Hæc quæstio *d. §. 1. l. 30.* in qua respondet Paulus, dandam utrique esse actionem: id est, & creditori, & debitori: creditori quidem utilem (quæ & quasi Aquilia appellatur *d. l. 27.*) usque ad modum debiti, atque ut eam debito imputeret, id est, ut, si debitum consequutus sit, debitorem liberet: debitori vero directam in hoc quod debitum excedit. Sed quod de debitore scribit Paulus, verissimum est, cum debitor dominus sit: sed in creditore qui procedit? maxime cum is non sit dominus; & in commodatario contra responsum sit, eo quod dominus non est. Sed refert, quod creditor, et si dominus non sit, tamen & jus in re *l. 19. D. de damno infecto, l. 30. D. de noxalibus actionibus*, & in rem actionem habet *§. 7. Inst. de actionibus*: commodatarius vero neque dominus est, neque jus in re, neque in rem actionem, habet: proinde non interest commodatarii; cum res non ei, sed domino pereat: creditoris interest, eum & illi pereat res, non tantum domino.

C A T U T XII.

De æstimatione occisi hominis aut pecudis ex primo capite legis Aquiliæ.

Superest, ut de exitu actionis legis Aquiliæ disputemus: is exitus est, ut qui hominem aut pecudem injuria occidit, domino tanti condemnatur, quanti in eo anno plurimi fuit. idque consequens est legis clausulæ, *Quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum es dare domino damnas esto*: qua clausula æstimatio damni dati indigitatur. ea clausula anni meminit, & hunc retrorsum computat, ex quo quis occisus est, repetitis trecentis quinque & sexaginta diebus *l. 21. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*: quæ certa computatio est, si qui mortifere vulneratus fuit, statim mortuus est. sed quid, si mortuus sit post longum intervallum? non æque certa computatio videtur: siquidem Celsus annum inde numeravit, ex quo homo mortuus; Julianus, ex quo vulneratus est. argumentum Celso fuit, quod momentum cædis mortisque aut idem venit, aut non separatim habetur: Juliano, quod occidere in hac lege non ita acceptum est, quasi eos completatur tantum, qui hominem ita vulnerant, ut is statim expiret; sed hos quoque, quorum ex vulnerere certum est hominem vita excessurum esse: adeo vulneratus homo illi jam tum occisus videtur, cum vulneratus est, sed cædes eo mortuo demum apparuisse intelligitur. Hoc Juliani argumentum; & si Ulpiano fides, usu obtinuit *l. 21. pr. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*.

Igitur quanti homo fuit eo in anno, tanti homicida condemnatur. idque expeditum est in eo, qui anno major occiditur: verum in infante difficultatem recipit, si perit intra annum, quo natus est: quia illi non convenit æstimatio, quanti is in eo anno plurimi fuerit. Sed placuit, legem Aquiliam in infante, qui anno minor occiditur, non intelligi ita, ut ejus verba sonant, sed ita, ut mens & sententia ejus patitur: & ideo perinde accipi, quasi velit, infantem eum, quanti hac anni parte, qua vixit, plurimi fuit, talem tanti æstimari *l. 23. §. 7. D. Ad legem Aquiliam*.

Ait lex, *Plurimi*. Hoc verbo illa sententia exprimitur: ut, si quis hominem tuum occiderit, qui hodie claudus aut mancus aut luscus erit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit *§. 9. Inst. de lege Aquilia*. Exemplum in *l. 23. §. 3. D. Ad legem Aquiliam*: præponitur ibi præcisus pretioso pictori pollex: idem pictor deinde occisus intra annum, quo præcisus ei est pollex: & de lege Aquilia quæritur. ait Ulpianus, *Posse (eum) Aquilia agere: pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset*. Ita Florentiæ legitur: sed placet ingeniosa & elegans conjectura Jacobi Cujacii, viri summi & eruditissimi: qui pro, *posse eum Aquilia agere*, restituit, *posse eum Aquilia agere*: præfatus, Veteres eum & herum pro domino promiscue dixisse; tum, *eum*, id est, servum pictorem, cui & pollex præcisus, & vita adempta est, lege Aquilia posse agere, dicturum neminem, cui sanum sinciput est.

Illud superest, ut videamus, cum lex ait, *Quanti fuerit*, utrum corpus solum æstimemus, quanti fuerit, cum occideretur, an quanti interfuerit nostra, non esse occisum. Movet dubium, quod hæc verba, *Quanti res est*, si eorum proprietas quæritur, non ad id, quod interest referuntur, sed ad veram rei æstimationem *l. 179. §. 1. 193. D. de verborum significatione. l. unic. §. ult. D. Si quis jus dicenti non obtemperaverit. l. 4. §. xi. D. Vi bonorum raptorum*. Contra movet, quod ea legis Aquiliæ ratio est: ut damnum, quod domino datum est occiso servo, domino restituatur: hoc autem fieri nequit, nisi ei omnis præstetur utilitas, quæ in re est, aut ei, propter servi cædem, ab futura videtur. Verum cum scire leges sit, earum non verba tenere, sed vim ac potestatem; fere postremum placuit. Ulpianum audi *l. 21. §. ult. D. Ad legem Aquiliam*. infit, Hoc jure utimur, ut ejus quod interest æstimatio fiat. Et Imperator Justinianus *§. 10. Inst. eod. tit.* sic scribit, Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid præterea perempto eo corpore damni vobis illatum fuerit. Et addit Exemplum, veluti, inquit, si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, quis occiderit, vel ex comædis unus servus occisus fuerit, non solum occisi sit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.

Ex his constat, hominem, quanti intra annum proximum fuit, tanti æstimari. hoc autem utrum ex domini affectione definimus, an quanti omnibus valet? verbi gratia, (quæ est species *l. 33. D. Ad legem Aquiliam*) filium tuum naturalem quis occidit. eum filium tu magno emptum velles. (in quibusdam libris est, *magno pretio*: sed Florentiæ legitur, *magno*, ut, plurimo, paulo post: & ita locuti Veteres. Virgilius *lib. 2. Æneid. vers. 104. Hoc Ithacus velit, & magno mercentur Atrida*. Ubi Servius, *Magno mercentur, id est, pretio, ut, Turno tempus erit, magno quam optaverit emptum intactum Palanta*) filium, inquam, tuum naturalem quis occidit: eum tu magno emptum velles. quanti æstimandus, utrum quanti tibi est, qui cum plurimo emeris, motus paterne pietate, an quanti omnibus valet? ego hoc malim: quia non quanti dominus hominem facit, tanti est, sed quanti pro tempore valet. Hoc sensu Seneca *lib. 6. De beneficiis c. 15. Pretium cujusque rei pro tempore est. Cum bene ista laudaveris: tanti sunt, quanto pluris venire non possunt*. Pedius quoque apud Paulum *l. 33. D. Ad legem Aquiliam* ait, pretia rerum non ex affectione; nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Et ipse Paulus infit, in lege Aquilia amississe dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.

Tantum de primo capite
legis Aquiliæ.

CAPUT XIII.

Secundum caput legis Aquiliæ in defuetudinem abiisse, & vim ejus ignorari.

Secundum caput legis Aquiliæ in defuetudinem abiit, ut Ulpianus ait l. 27. §. 4. D. Ad legem Aquiliam. Quid autem hoc comprehensum fuerit, nondum didici; etsi ea, quæ ab aliis adferuntur, non ignorem. sed neque, ut discam, sudaverim frustra: cum in universa antiquitate de eo capite nihil aliud extet, quam quod in usu non est, præterea puto, in omni disciplina hoc maxime observandum esse,

quod Cicero monet *De officiis lib. 1.* ut duo vitia vitentur: quorum unum est, ne incognita pro cognitis habeamus, hisque temere assentiamus: alterum est, ne nimis magnam multamque operam conferamus in res obscuras, easdemque non necessarias. quibus vitiis declinatis, quod in rebus honestis & cognitione dignis operæ curæque ponitur, id, inquit, jure laudatur.

CAPUT XIV.

Verba capitis tertii legis Aquiliæ. Eo capite caveri de cætero omni damno, præter hominem & pecudem occisos. Quid de apibus aut similibus feris bestiis? Emendatur Ulpiani Fragmentum Tit. 12. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.

Transeamus ad legis Aquiliæ caput tertium, cujus verba Ulpianus l. 27. §. 5. D. Ad legem Aquiliam ait talia fuisse.

Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod ufferit, fregit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum as domino dare damnas esto.

Ait lex, *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos.* Vetus locutio est, cujus sensus est, Quantum ad cæteras res, vel, in cæteris rebus: ut pluribus ostendit V. CL. Franciscus Hotmannus lib. 4. Observ. c. xi. & post eum probavit Gasper. Schoppius lib. 1. Verisimilium. c. 19 egregio Symmachi loco. Apparet autem ex his verbis, hoc capite de cætero omni damno caveri. itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit, hoc capite actionem constitui. in cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicari, Justinianus observavit §. 13. Inst. de lege Aquilia. Quamquam quod de feris bestiis scripsit, olim dubitationem habuit: quæ intelligi potest ex Ulpiani verbis sequentibus, quæ extant apud Licinium Rufinum Tit. 12. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum in fine.

Item Celsus libro xvii. Digestorum scribit, sicum apes meæ ad tuas advolassent totas exusserit, quosdam negare competere legis Aquiliæ actionem, inter quos & Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant, & fructui missi sunt. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansueta, nec ita clausa fuerint. h. d. Ipse autem Celsus ait nihil inter has & columbas interesse, quæ si manu refugiant, domi tamen fugiunt.

Ita vulgo editur; nec dubito, quin corrupte: Pithæus sane pro, fructui missi sunt, legit, fructui mihi sunt. Etiam pro, totas exusserit, habent Pandectæ, tueas exusseris l. 27. §. 12. D. Ad legem Aquiliam. quod non improbem; quamquam non ignorem, totas, pro, omnes, recte & sæpe dici: ut in l. 63. D.

de procuratoribus. pr. Inst. de societate. §. ult. Inst. Qui & quibus ex causis manumittere non possunt. l. 37. D. ad Senatusconsultum Trebellianum. Sequitur, quod nec mansueta, nec ita clausa fuerint. Sed conjicio, quod nec mansueta, nec in alveo clausa fuerint. Ita enim Veteres, Gajus l. 5. §. 2. D. de acquirendo rerum dominio. Apium quoque fera natura est, itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint. In fine quoque ejusdem Fragmenti verba ista, quæ si manu refugiant, domi tamen fugiunt, sensu carent. Scribo, quæ si manu effugiant, domum tamen refugiant. Sensus, quæ si mane evolant, domum tamen revolant. Quintilianus de apibus Declam. 13. An non ipsa domum sua sponte revolant, sinemque laboris sui sole metiuntur, & omnis intra solitas domos turba conditur, noctemque modesto silentio trahunt. Respicit autem uterque ad regulam juris civilis, cujus meminit Gajus l. 5. §. 5. D. de acquirendo rerum dominio, & Imperator §. 15. Inst. eod. tit. sic scribens. In iis animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur, donec revertendi animum habeant. nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

Hæc de Ulpiani verbis: cæterum vim disputationis pulchre exhibet Quintilianus d. Declam. 13. ea gratia non pigebit me, ejus verba, etsi compluscula, adscribere. Ea verba sunt. In duas, quantum animadvertere potui, quæstiones dividit causam, an damnum sit, & an injuria datum. Negat esse damnum, quod animal liberum, & volucre, & vacuum, & extra imperia possum perdidit. Et post. Quoniam quidem queritur, an damnum sit perdere, quod lucrum est habere. Liberum est animal puta: non dico foetus meis manibus exceptos, & in tutam conditos sedem, & reservatis ad supplementa generis favis examen vernaculum, quoniam quidem tyrannorum jura defendis, natos in privato meo: puta me vel inanis arboris trunco, vel cavis inventos petris, domum favos retulisse: multa nihilominus, quæ libera fuerant, transeunt in jus occupan-

tium,

tium sicut venatio, & aucupatio. Nam ut cetera animalia hominum causa finxerit providentia, quod omnibus nascitur, industria premium est. Quid autem non liberum natura genuit? Taceo de servis, quos bellorum iniquitas in pradam victoribus dedit, iisdem legibus, eadem fortuna, eadem necessitate natos. Ex eodem cœlo spiritum trahunt: nec natura vilis, sed fortuna dominum dedit. Cur infrenatis equis victor insidet? Cur injusto cotidie iugo bonum colla deterimus? Cur in usum vestium saepe pecori lana detrahatur? (Taceo de sanguine & epulis, per mortem paratis) Si omnia, qua libera generantur, natura demus, definitis divites esse. Si vero hac conditio est, ut quicquid ex his animalibus in usum homini cessit, proprium sit habentis: profecto quicquid jure possidetur, injuria auferitur, ut volucres mites, & alia, qua per rusticas villas, quaque ditibus cellis saginantur, in quibus tamen domini ambigua possessio est, & vacca, & armenta, & omne pecudum genus. Sed illa impositus cohibet magister. Pejusne domino in iis jus est, quibus custode non opus est? Nam si hoc dicitis, nihil esse nostrum, quod perire possit, ex nullius animalis damno hac edi formula potest. Nam & errare pecudes solent, & fugere mancipia. Si hoc in ceteris non obstat, vagari tu nolles apes, in opus exire, & ad cotidianum censum laboris assidui non detrectare militum. An non ipse domum sua sponte revolant, finemque laboris sui sole metiuntur, & omnis intra solitas domos turba conditur, noctemque modesto silentio trahunt? Age porro,

ut non sit earum certa possessio, dum volant: nempe cum remearunt, concludi, transferri, donari, vanire possunt: in potestate sunt. Quomodo autem potest sine damno meo perire, quod cotidie meum est? At extra imperia positum est. Mirum hercle, si negato commercio sermonis humani, sunt in ceterorum animalium forma. Tamen quam dominus dedit, incolunt sedem, lascivientem luxuria fugam tinnitu compeſcimus. Etiam si diversis regibus coorta seditio ad bellum inflammavit iras, exiguo pulvere, vel unius poena ducis resedit omnis tumor. Illa vero admiranda sedulitas, quod operi totus infumitur dies, in dominorum redditus ablata suppleuntur. Age, si obsequi possent, quid amplius imperares? Intellico his vanis ultra necessitatem esse responsum. Si non sunt apes meae, ne id quidem, quod his efficitur, meum est. Atqui nulla unquam inveniri potuit impudentia, qua fructus mellis in dubium vocaret. Hoc ergo fieri potest, ut quod nascitur, meum sit: quod generat, alienum? Age, si mihi alvei furto abessent, utrum nulla daretur actio? An viminis modo, vilisque texti pretium formula taxassem, & perinde agerem quasi naves perdidissem? Nisi fallor, esset aestimatio & apum. Antandem, quas surripere non liceret, liceat occidere? Non est damnum, quod exuius sum? quod redditus perdidit? quod annuos fructus praesidia paupertatis amisi? Non est damnum id perdidisse, quod (ut proximo utar argumento) si habere voluero, emendum est?

CAPUT XV.

Hoc capite caeteri quidem de caetero omni damno, sed maxime, si quidustum, fractum, aut ruptum sit. Hoc verbum, ruptum, videri generale, & sic acceptum esse, corruptum. An consumptum rupti appellatione veniat? Ruptum seu corruptum non intelligi, nisi & damnum datum sit.

DEinde ait lex, Si quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit. Si quis igitur hominem vel pecudem non occiderit, sed eum, aut quid aliud, uſſerit, fregerit, ruperit; sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Primum, si uſſerit: ut si servo meo facem objecerit, & eum aduſſerit, l. 27. §. 6. D. Ad legem Aquiliam: item si arbustum meum vel villam meam incenderit, d. l. 27. §. 7. quod saepe contigit, vel lascivia, vel imprudentia, facientium iter noctu ad lumina. Meminit Ovidius lib. 1. Aetnam. fab. 9. & Varro lib. 1. De re rustica c. 14. quibus adde Casaubonum ad Suetonii Julium c. 31. Idem est, si quid fregerit: ut si aedificii mei fores confregerit vel refrugerit d. l. 27. §. 31. verbi gratia, injuria causa l. 53. D. de furtis, aut per libidinem l. 39. D. cod. tit. aut per lasciviam, aut expilandi causa: quod solere nocturnos vagatores, testis est Juvenalis sat. 3. vers. 302. Suetonius quoque in Nerone c. 26. de eo sic scribens. Reduentes a cena verberare, ac repugnantes vulnerare, cloacisque demergere assueverat, tabernulas etiam effringere, & expilare, quintana domi constituta, ubi parte & adlicitationem dividenda praeda pretium assumeretur. Item qui ruperit, lege Aquilia tenetur: ut si servum vulneraverit vel virgis, vel loris, vel pugnibus, vel telo, vel quo alio, ut ei corpus scinderet, vel tumorem faceret d. l. 27. §. 17. vel si mulierem pugno, vel equam ictu, percusserit; & mulier, vel equa, ejecerit d. l. §. 22. id est, abortum fecerit: ut in l. 39. D. cod. tit. Idem, si navem perforaverit: nam & hic, quasi ruperit, tenetur d. l. 27. §. 24. Idem, si maritus uxori marga-

ritas extricatas dedisset in usu; eaque, incio vel invito viro, perforasset, uti pertusis in linea uteretur d. l. 27. §. 30. Casaubonus ad Capitolinum in Maximo juniore c. 1. ait, gemmas ornatui mulieris & solutas admoveri, & in lineam missas: inde margaritas extricatas ab Ulpiano opponi pertusis, quibus in linea utebatur mulier. Leunclavius pro, margaritas extricatas, reponit, margaritas atretas; id est, non perforatas: causatus, his pertusas seu perforatas ab Ulpiano opponi: tum, id verbum, atretas, extare apud Graecos Basilic. lib. 60. tit. 3. p. 96. Budaeus putat, margaritas extricatas appellari, quae ex rudi & nativo habitu arte gemmarii politae sunt. Cujacius lib. 17. Observ. c. 37. ait, exaluminatas a Plinio dici a detracto alumine, nondum pertusas tamen & in lineam conjectas: ita Graecos ἀτρεταί interpretari. Quidquid est; extricare est solvere, seu expedire; & ait Plinius lib. 9. Historia naturalis c. 35. Sanos quidem partus multiplici constare cute, non improprie callum ut existimari corporis possit, itaque & purgari a peritis.

Sed non ad hunc finem substitit interpretatio verbi, ruperit: verum, ut Ulpianus refert d. l. 27. §. 13. omnes Veteres fere id sic intellexerunt, corruptum. ubi? in Fori disputatione: in qua solebant Veteres, si de jure ambigeretur, cum rerum causas, tum verborum originem, usum ac proprietatem, inquirere & definire: eaque definitio, etsi non haberet vim juris, praeterquam usu recepta; tamen magnae auctoritatis habebatur. hujus instituti meminit Pomponius l. 2. §. 5. D. de origine juris; etiam

iam Justinianus *pr. Inst. de codicillis*, §. 25. *Inst. de rerum divisione*. Igitur cum in Fori disputatione dubitaretur, quid valeret verbum, *ruperit*; fere omnes Jurisconsulti id sic intellexerunt, *corruperit*; sub eoque & fracta, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta, aut deteriora facta, complexi sunt *l. 27. §. 16. D. Ad legem Aquiliam. §. 13. Inst. eod. tit.* Id vero si est: quid opus fuit tot verbis, *usserit*, *fregerit*, *ruperit*; cum sola *rupti* appellatio sufficeret? Sed verum est, quod Ulpianus observat *d. l. 27. §. 16*, legem voluisse, specialiter quibusdam enumeratis, generale subjicere verbum, quo specialia complecteretur, idque novum non esse.

Igitur si quis corruperit, peremerit, deterius fecerit quid quoquo modo, is rupisse videtur. Quid, si consumplerit, verbi gratia, alienum vinum aut frumentum? proprie non dicitur rupisse: id est, ea aut corrupisse aut deteriora fecisse: quippe quia ea adhibuit ad eum usum, ad quem naturaliter sunt inventa: quod non est corrumpere, aut deterius facere, non igitur tenetur directa actione legis Aquiliae: sed tenetur actione utili *l. 30. §. 2. D. Ad legem Aquiliam*, quam producit publica utilitas ex sententia legis: eo pergentis, ne quod alteri per alterum damnum injuria inferatur. Idem dicendum est, si glans ex arbore tua cadat in meum fundum, eamque immisso pecore ego depascam: nam neque hic competit tibi legitima actio damni injuria: quia nec glans proprie dicitur corrumpi aut deterior fieri pastu & consumptione: ad quam a natura comparata est. Nihilominus quia iniquum foret, legis angustias tibi prodesse cum injuria mea, etiam eo porrigenda videtur severitas juris per actionem in factum: ut Ulpianus loquitur *l. 14. §. 3. D. de praescriptis verbis*: id est, per utilem actionem. nam hanc indignant Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. de lege Aquilia*. Verba Imperatorum: *De his, quae per injuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquilia agere minime prohiberis*. Vides, si quae per injuriam sint depasta, deficere legis Aquiliae verba; sed sententiam non deficere: & ideo cessare directam actionem; sed utilem dari. per injuriam, inquam: ut in illo Juvenalis *sat. 14. vers. 140. & seqq.*

- - - Ergo paratur

Alter villa tibi, cum rus non sufficit unum,

*Et proferre libet sineis, majorque videtur,
Et melior vicina seges, mercaris & hanc, &
Arbusta, & densa montem qui canet oliva,
Quorum si pretio dominus non vincitur ullo,
Nocte boves macri, lassoque famelica collo
Jumenta ad virideis hujus mittentur aristas,
Nec prius inde domum, quam tota novalia favos
In ventres abeant, ut credas falcibus actum.
Dicere vix possis, quam multi talia plorent,
Et quot venaleis injuria fecerit agros.*

Ex his patet, eum, qui *ruperit*, hoc capite legis Aquiliae teneri, sed utrum tum demum, si damnum dederit, an & si non dederit? fac, quid rupisse; sed hoc ab hominum usu aut studiis ipsa ruptione dignitatem aut pretium accipere: quod saepe evenit. Quintilianus, *Declam. 298. p. 439. Habent hoc quoque deliciae divitum: malunt querere omnia contra naturam. Gratus est ille debilitate, ille ipsa infelicitate distorti corporis placet: alter emitur, quia coloris alieni est*. Simile Martialis in aceto Aegyptiaco observat *lib. XIII. Epigr. 122.*

Amphora Niliaci non sit tibi vilis aceti,

Esset cum vinum, vilior illa fuit.

Sed rupisse intelligitur demum, qui & damnum dedit: sic enim lex sonat. *Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit*. Proinde si ruperit, sed rem aut pretiosorem, aut nullo pretio viliozem, deteriozemve, fecerit; hoc capite non tenetur: idque Ulpianus indicat *l. 27. §. 17. D. Ad legem Aquiliam*; cum ait, legem Aquiliam ruptiones non quascumque persequi, sed has, quae damnum dant, & servum ruptione viliozem deteriozemve faciunt. Exemplum elegans in §. 28. *d. l. 27*, si quis alienum puerum castraverit. quamvis enim sic puerum ruperit, tamen Aquilia cessat: quia libidini visum, hominis integri aut castrati pretium non vera bonitate, sed usu ceteri; itaque castratum, etsi propter vitium excisae virilitatis natura vilior deteriozque sit, tamen propter formam mollitiemque effeminati sexus longe pretiosiozem, quam hominem integrum habere: ut probat Quintilianus *lib. 5. Inst. orat. c. 12*. Plane si servus castratus pretio non quidem sit deterior factus, verum sumptus in ejus salutem & sanitatem facti sint, quia in hac quoque videtur damnum datum, ideo lege Aquilia agi poterit *d. l. 27. §. 17.*

CAPUT XVI.

Emendatio *l. 41. D. Ad legem Aquiliam.*

Eodem pertinet quaestio *l. 41. D. ad legem Aquiliam*. in qua ita insit Ulpianus.

Si quis testamentum deleverit, an damni injuria actio competat, videamus. & Marcellus lib. 5. Digestorum dubitans negat competere, quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi, in testatore quidem hoc esse verum; quia quod interest ejus, aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta pene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit, chirographo deleta competere legis Aquiliae actionem. Sed & si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum, & injuriarum agi, si injuria facienda causa secreta judiciorum publicavit.

Quaestio est, si quis testamentum deleverit, ita ut legi non possit: (sic accipiendum verbum, *deleverit*: ut & ratio vult, & Julianus *l. 42. D. eod. tit.*) an damni injuria actio aut testatori competat, aut heredi? Et quod ad testatorem attinet; non placet, ei actionem competere, praeterquam tabularum ratione *l. 27. §. ult. D. de furtis*: nam & corruptae videntur *d. l. 42.* & in his damnum datum potest civiliter aestimari. quod autem praeterea interfit testatoris, non habet civilem aestimationem: cum ad testatorem ex testamento nulla perveniat pecuniaria utilitas: oportet autem, ut damnum datum sit, non quale quale datum esse, sed pecuniae. Ita in testatore jus est, quid in herede? contra est: quia testamentum illi pene chirographum est: hoc est,

est, quia testamentum illi tuetur fidem delatæ hereditatis, pariter ut chirographum creditori servat jus debiti: denique, ut creditor deleto chirographo, sic heres interieto testamento, damnum pati videtur, & ob id lege Aquilia experiri potest d. l. 41. § 42. D. Ad legem Aquiliam, § l. 27. §. ult. D. de furtis: præsertim si interletum sit post aditam hereditatem: nam inde hereditas ei acquisita est: quod si ante deletum sit, non sufficit illi Aquilia, nondum constituto jure, sive ex persona sua, quæ nondum heres est ante aditam hereditatem, neque ex persona defuncti, cujus nihil interest, & ideo necessaria ei est de dolo actio l. 35. D. de dolo malo. Atque ea hætenus plana sunt: sed quod sequitur in d. l. 41. difficilius est.

Sed § si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus præsentibus legerit, utilius est in factum & injuriarum agi, si injuria faciendæ causa secreta judiciorum publicavit.

Ait, eum, qui deleverit tabulas testamenti apud se depositas, vel eas legit coram pluribus, & injuriarum, & in factum, actione teneri: idque verissimum est, quantum attinet ad actionem injuriarum, si injuriæ consilio fecisse proponatur: sed quantum ad actionem in factum pertinet, deletis tabulis, qui procedit? nam actio in factum ea in specie neque com-

petit, neque necessaria est, cum Aquilia suppetat. Mea sententia, erit sublata difficultas, si legetur.

Sed § si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus præsentibus legerit, utilius est furti & injuriarum agi, si injuriæ faciendæ causa secreta judiciorum publicavit.

Hanc emendationem patitur facti species: cui utraque convenit actio, & furti, & injuriarum. nam si testamentum lucri faciendi causa sit deletum aut lectum, furtum contrectatione factum est: si injuriæ faciendæ animus fuit, injuria videtur. Hoc olim vidit Græcus Interpres Basilic. lib. 60. tit. 3. sic enim vertit eum versum, interpretante Fabroto. *Qui depositum apud se testamentum deleverit, vel pluribus legit, tenetur actione in duplum, & injuriarum, si injuria faciendæ causa secreta publicavit.* Sic Græcus Interpres: cui favet aliquatenus §. 1. ejusdem loci; in quo Ulpianus eidem facto actionem furti accommodat. Antiqua tamen est recepta lectio, observante eam, ut & emendationem Græci Interpretis, Scholiaste ejus, Scholio ad verbum, in duplum, his verbis. *Vide autem, ut hoc loco repugnet Basilicus Antiquo. ille enim in duplum actionem dicit, & manifestum est, eum de actione furti intelligere ex eo, quod sequitur interdum. Antiquus autem aperte in factum scripsit.*

CAPUT XVII.

Si quis olivam immaturam decerpserit, vel segetem defecuerit, vel uvæ crudas, an Aquilia teneatur? Ulpianus expositus l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam, & Javolenus l. 42. D. de usu & usufructu legato.

Similis quæstio est, si quis olivam decerpserit, vel segetem defecuerit, vel vineas, an lege Aquilia teneatur? Eam quæstionem proponit & definit Ulpianus l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam, verbis sequentibus.

Si olivam immaturam decerpserit, vel segetem defecuerit immaturam, vel vineas crudas, Aquilia tenebitur. quod si maturas, cessat Aquilia: nulla enim injuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quæ in collectionem hujusmodi fructuum impenduntur. Sed si collecta hæc interceperit, furti tenetur. Octavenus in uvis adjicit, nisi, inquit, in terram uvæ projecit, ut effunderentur.

Sic Ulpianus, & opinor, verissime: nam si uvæ, aut olæ, aut segetes, jam maturæ decerpæ sunt, non etiam ablata: non videtur domino damnum injuria datum esse, cum utilitas ejus decerpendo magis aucta sit, quam imminuta. debuisset enim maturas, nisi ab alio decerpæ fuissent, ipse decerpere, & colligere, atque eam ob rem impensas facere. at has fecit is, qui segetes defecuit, vel olivas & uvæ decerpit; amplius, eas domino donavit. non igitur ei dedit damnum, sed lucrum; neque adeo legi Aquiliæ obnoxius est. hoc, si maturæ decerpæ sint. quid, si immaturæ? ait Ulpianus, Aquiliæ locum esse: quia major est maturorum fructuum usus, quam immaturorum: expedit certe domino, fructus maturefcere, & ei temeraria collectione non interverti spem maturitatis. Atque hoc in uvis & segete verissimum est; idemque in olivis videri possit: quia Cato *De re rustica* c. 65. scribit, olivam maturam domino expedire, licet ex immatura oleum optimum fiat. Verba Catonis sunt. *Oleam, ubi nigra erit, stringito: quam acerba olea oleum facies, tam oleum fieri maxime expedit.* Sic Cato. Sed aliter Javole-

nus l. 42. D. de usu & usufructu legato. ait enim, oleam etiam immaturam in fructu esse, & ad fructuarium pertinere; addita causa, quod oliva immatura plus habet redditus, quam si matura legatur, id vero si placet; quæso, qui potest lex Aquilia in olea immatura lecta locum habere, in matura non habere? utique, si immatura habet plus redditus, quam matura; non magis potest, immatura lecta, domino damnum injuria datum videri, quam matura. Habes tenebras: sed lucem dabit maturitatis definitio: in qua, ut Plinius inquit lib. 15. *Naturalis historia* c. 3. error hominum falsus: existimantium, maturitatis initium, quod est vitii proximum. Quid autem maturum sit, A. Gellius sic exponit lib. x. *Noct. Attic.* c. xi. P. Nigidius homo in omnium bonarum artium disciplinis egregius, *Mature*, inquit, est, quod neque citius est, neque serius; sed medium quiddam & temperatum est, bene atque proprie Nigidius: nam & in frugibus & in pomis matura dicuntur, quæ neque cruda & immitia sunt, neque caduca & decocta, sed tempore suo adulta maturaque. Ita Gellius: si vere; olivam distingue crudam & nondum inchoatæ maturitatis ab ea, cujus media seu vera, etiam ab ea, cujus jam plena & decocta, maturitas est: hos enim & Columella in oliva gradus facit *De re rustica* lib. 12. cap. 52. Verba Columellæ. *Media est olivitas plerumque initium mensis Decembris, nam & ante hoc tempus acerbum oleum conficitur, quod vocatur æstrum, & circa hunc mensem viride premitur, deinde postea maturum.* Sed acerbum oleum facere patrisfamilias rationibus non conducit, quoniam exiguum fluit, nisi bacca tempestatibus

in terram decidit, & necesse est eam legere, ne a domesticis pecudibus, ferisve consumatur. Viridis autem nota conficere vel maxime expedit, cum & satis fluit, & pretio pene duplicat domini redditum. Sed si vasta sunt oliveta, necesse est, ut aliqua pars eorum matura fructui reservetur. Hoc Columella. idem vel simile Plinius lib. 15. *Naturalis historia* c. 1. verbis sequentibus. Ex eadem oliva differunt succi. Primum omnium e cruda, atque nondum inchoata maturitatis. Et post. Quanto maturior bacca, tanto pinguior succus, minusque gratus. Optima autem etas ad decerpendum inter copiam, bonitatemque, incipiente bacca nigrescere. Idem rursus c. 3. ejusdem libri, Ferunt, inquit, frigore sterilitatem (Dalechampiis mavult, suavitatem) fieri, sicut copiam maturitate. Hæc Plinius & Columella: quibus liquet, quod oliva immatura, si tamen inchoata maturitatis est, habet plus redditus, quam ea, quæ consummata maturitatis est, licet ista copiosior sit: plus etiam, quam cruda, etsi cruda habeat oleum sapore præstantissimum. Igitur si quidem fructuarius aut colonus hanc aut illam decerpit, ar-

bittatus, ad usum suum pertinere, quia domini voluntate atque exemplo decerpit; videtur eam boui viri arbitrata decerpere: quod si alius decerpit olivam adhuc crudam & nondum inchoatæ maturitatis, alius, inquam, sed qui domini voluntate & jure destituitur; e diverso placet, domino damnum injuria eum dare, & idcirco lege Aquilia teneri, quod si maturam colligit, id est, nigrescentem & inchoatæ, aut etiam absolutæ, maturitatis; jam neque videtur domino damnum injuria dare, & fere impensas, quas in collectionem fecit, ei donare l. 27. §. 25. D. *Ad legem Aquiliam*. Hæc ideo tam varie, quia non debet alius domino præscribere, quid ex re sua sibi utilius aptiusve existimet. at in persona domini, qui magis suo commodo studet, quam alterius damno, vere dicetur, eum suæ rei etiam in abutendo moderatorem esse; & ideo vel illa, quæ minus lucri habent, illi utilia intelligi, si delicias & jucunditatem præstent, & ejus negotio cedant, quamvis non bono.

CAPUT XVIII.

Verbum, ruperit, in lege Aquilia non indigitare aliam corruptionem, quam qua damnum corpori & a corpore adfertur. complura loca explicata.

HActenus ostendi, Veteres fere omnes, *ruperit*, verbum in Lege Aquilia interpretari, *corruptum*; eoque omnem complecti corruptionem, alteri damnum injuria adferentem. Jam addam, hoc plus eos postulare, esse id damnum corpori a corpore datum: & ita demum directam concedere actionem, cæterum in eum, qui corpori dedit damnum, sed non corpore, actionem dumtaxat utilem competere. quid si non corpore datum fuerit damnum, neque corpus læsum sit, sed alio modo alicui damnum contigerit? hic quum non sufficiat neque directa, neque utilis Legis Aquiliæ actio: placere, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione Jure Prætorio in subsidium teneri §. 16. *Inst.* l. 33. §. 1. D. h. t. l. 11. D. *de præscript. verb.*

Exemplum in eo, qui misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret, forte ergastulum: nam in ergastulis compediti vinctique servi, sive ad cultum agri, sive ad lapidicinas, sive ad aliud opus, adhiherentur; de quibus more suo, quia erudite & plene disputavit V. CL. Justus Lipsius lib. 2. *Electorum* c. xv. non agam jam actum. Proinde si quis alienum servum compeditum solverit, ut fugeret: is non corpore suo rupit servi corpus, ut locum habeat actio directa, neque præstitit causam ruptioni corporis servi, ut actio utilis dari possit, & tamen nocuit domino, cujus servum intempestiva misericordia solvit: igitur actione in factum tenebitur d. §. 16. *Inst.* Sic ea in specie.

Aliud dicendum est, tamen si idem videatur primo obtutu, si quis aprum meum ferum, & hærentem meo laqueo, in suam naturalem laxitatem dimisit. nam tum danda mihi actio in factum est l. 55. D. *de acquirendo rerum dominio*, id est, utilis Aquilia; etsi corpore suo non ruperit aprum corpus, neque in causa fuerit, ut rumperetur: sicut superiore casu neque rupit servum, neque fecit, ut rumperetur, hoc tamen interest, quod servus meus etiam, cum a te solutus est, & fugit, meus manet; aper autem meus, solutus laqueo, quo hærebat, meus esse desinit, & mihi perinde perit, ac si occisus esset; huic autem

damno causam præbuit ille, qui aprum laqueo solvit; quid ni igitur actione in factum, sed civili, sive utili Aquilia, teneatur? quamquam ille, qui servum meum compeditum solvit, tantum in factum jure prætorio obligetur. Argumentum huic rei l. 49. D. h. t. in qua Titius alienas apes fumo fugavit, vel etiam necavit (res nota, & quam Livius tangit lib. 4. etiam Quintilianus *Declam.* 13. Hoc, inquit, veneno vindicas, quod me hercle inhumane etiam fumo prohibuisses?) Titius, inquam, alienas apes fumo necavit: quia non tam videtur apes occidisse, quam eis causam mortis præbuisse, ideo magis actione in factum, id est, magis utili, quam directa, tenebitur; idem putat Ulpianus, si fugavit: quia, etsi fugatæ apes proprie ruptæ non sint, tamen quia domino perierunt, idcirco cum necatis, ruptisve, comparantur, & utrimque utili actioni peræque locus est. Idem jus est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset; nam & hunc in factum actione teneri, Proculus interpretatur d. l. 55. D. *de acquirendo rerum dominio*, & Ulpianus l. 14. §. 2. D. *de præscriptis verbis*, actionem autem in factum utilem Aquiliam accipiendam esse, etiam ex eo claret, quod Ulpianus l. 27. §. 21. D. h. t. si Titius de manu mea nummos meos excussit, & hi ita perierunt, ne ad aliquem pervenirent, puta, si in flumen, in mare, aut cloacam, ceciderunt, damni injuriæ actionem mihi dandam esse, ex Sabino refert: id est, ut mihi videtur, utilem: nam neque actio prætoria in factum aut Aquilia, aut damni injuriæ, appellatur umquam; cum utilis ita sæpe vocetur l. pen. C. *de lege Aquilia*, & l. 7. §. 4. D. *de dolo malo*: & directam Aquiliam competere ea in specie, Pomponius ad Sabinum negat apud Ulpianum d. l. 14. §. 2. quælo quamobrem? quia Titius proprie quidem corpore suo non rupit corpora nummorum meorum, quæ etiam aquis merfa integra & incorrupta manserunt: sed fecit, ut mihi perinde interirent, ac si in rerum natura non essent, postquam mihi spes eos recipiendi nulla reliqua est. Hæc, si ita perierint nummi, ut ad neminem pervenerint; sed si ad aliquem pervenerint,

venerint, posse actionem in factum dari, (jure, opinor, prætorio) idem Sabinus ait, auctore Ulpiano *d. l. 27. §. 21.* quid ita? quia adhuc extant nummi integri & illæsi; denique & rei vindicatione, & aliter, reperti possunt, & tamen tu mihi damnum dedisti, quamvis integris nummis meis; pariter ut, cum servum meum compeditum & vinctum solvisti ac dimisisti, ut fugeret, actione in factum subsidiaria mihi teneris. Exposui unum alterumque exemplum.

Est & aliud in *d. l. 27.* In alienam segetem (id est, in alienam terram aratam & consitam: ea enim terra seges appellatur, Festo & Nonio interprete) injecisti lolium, aut avenam, quo eam tu inquinaret, id est, ut ea nitentia culta pollueres injectione seminis sterilis & infelicitis, quale est lolium & avena, juxta illud Virgilii *lib. 1. Georgic. vers. 154.*

- - - Interque nitentia culta

Infelix lolium & steriles dominantur avena.

Si, inquam, alienam segetem inquinasti, seu deformasti, injectione avenæ aut lolii: domino damnum dedisti; sed lege Aquilia non teneris: quia speciem proprie non corrupisti, aut mutasti, quod lex Aquilia desiderat, etsi corpori applicueris aliquid cujus difficilis separatio sit. Et certe est aliud genus damni, ipsum quid corrumpere & mutare, ut Aquilia locum habeat; aliud, nulla ipsius mutatione applicare aliud cujus molesta separatio sit. Sed etsi ea vera corruptio non sit, tamen propter difficilem separationem, quasi corruptio videtur *l. 15. §. 2. D. Locati conducti*: de qua non ex lege Aquilia directa vel utilis actio, sed ex Edicto Prætoris subsidiaria in factum actio indulgetur; etiam interdictum quod vi aut clam *d. §. 14. l. 27.* cui locus est, quoties quid in solo vi aut clam factum dicitur *l. 1. §. 4. & l. 7. §. 5. D. Quod vi aut clam*: utrumque autem datur domino; sed & colono, ut quidem Ulpianus refert, si ejus interest propter fructus *l. 11. §. ult. & l. 12. D. eod. tit.* Ut tamen colonus, si actionem in factum exerceat, caveat, amplius non agi: id est, dominum amplius non inquietaturum eum, qui damnum dedit. quod & alibi fit *l. 29. D. de jure dotum.* Ita in segete.

Idem dicendum, si quis frumento arenam immiscuit, vel quid simile cujus difficilis separatio sit: non enim frumentum corrupisse aut immutasse vere dicitur, ut lege Aquilia conveniri possit; & tamen de quasi corrupto in factum actione obligabitur *d. l. 27. §. 20.* aliter ac si quis vinum effudit, vel acetum fecit, aut spurcavit: tum enim Aquilia, id est, directa actione, agi posse, Ulpianus refert: quia etiam effusum, & acetum factum, (quod *culpatum vinum* Macrobio dicitur *lib. 7. Saturn. c. 6.*) corrupti appellatione venit *d. l. 27. §. 15.* Eo sensu ait Macrobius *d. lib. 7. c. 12.* Si vasa vini atque olei distule semiplena custodias, vinum ferme in acorem corrumpitur, aleo contra sapor suavior conciliatur. Idem est, si quis vinum spurcavit: siquidem spurcum est, ut Festus scribit, cui aqua admixta est, defrutumve, aut igne tactum est, mustumve, antequam defervecat.

Igitur non sufficit, damnum datum esse; sed necesse est, ut corpori, etiam ut a corpore, datum sit: ait enim lex, Si quis alteri damnum faxit, quod *usserit, fregerit, ruperit*, illa autem verba sic accipienda sunt, Si quis ipse per se quid uссерit, fregerit, ruperit; vel, quod idem, Si directo egerit corpore suo, uti quid ureret, frangeret, rumperet: cæterum si non per se ipse, id est, si non præcipue corpore suo, damnum dederit, sive si non id directo ege-

rit, ut alteri quid ureret, frangeret, rumperet, etsi damno causam præstitit, id est, etsi fecit, ut quid alteri ureretur, frangeretur, rumperetur; non tenebitur quidem directa legis Aquiliæ actione: sed quia non interest, utrum alteri damnum dederit corpore suo, an damno causam præbuerit; obrinuit, ut utilis actio adversus eum velut ex legis sententia daretur *§. 16. Inst. h. t.*

Exempla sunt ad hanc rem elegantia in *l. 27. §. 6. & seqq. D. d. t.* sed aliquanto pleniora apud Licinium Rufinum *Tit. 12. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*, quamquam corrupta. Ecce, facem objecisti servo meo, & eum adussisti, item villam meam, vel arbustum meum, incendiisti; quia per te fecisti & corpore præcipue tuo, legi Aquiliæ locus est *d. §. 6. & seq.* idem est, si voluisti insulam meam exurere, & ignis ad vicini quoque insulam pervenit: nam mihi Aquilia teneberis lege, etiam vicino, æque inquilinis ob res eorum exustas: uti apud Ulpianum Labeo respondit *d. l. 27. §. 8. & d. Tit. 12.* Eique convenit illud Senecæ Patris, in *Excerptis Controv. §. lib. 5.* Etiam si partem damni dare nolueris, si tamen nolueris, in totum quasi prudens dederis, tenendus es. Ex toto enim noluisse debet, qui imprudentia defenditur. Si fatereris scienter januam incendiisse, si unum tignum, puto, tota domus intelligeretur ex parte: nec enim quisquam omnia incendit, sed unam aliquam rem, ex qua surgat in omnia se sparsurus ignis. Atqui pars domus est arbor, qua in domo est. Huc usque sic editur: sed quia nullo plane sensu, divinati quidem olim, si tamen voluisti: verum nuper intellecto, in *Variis lectionibus V. Cl. Andreæ Schotti* sic habere tres libros manuscriptos; ausus sum mihi persuadere, quam ante putavi conjecturam, esse veram Senecæ scripturam: maxime subscribente meæ sententiæ Eruditissimo meo Amico, Johanne Barbeyracio, V. Cl. *Not. Gallic. ad Grotium De jur. bel. & pac. lib. 2. c. 17. n. 12.* Senecæ addo, quod si stipulam in agro tuo incendiisti, quod solent boni patres familias multas ob causas, quas Virgilius *lib. 1. Georgic.* exponit *vers. 48. & seqq.* si, inquam, stipulam in agro tuo incendiisti, ignisque ad vicini prædium pervagatus est, & hoc exussit, jam quæsitum est, an lege Aquilia tenearis? Et negat Ulpianus *d. Tit. 12.* sed in factum agendum esse, addita causa, quia non principaliter exussisti, sed dum egisti aliud, sic ignis processit. Exemplum hoc ex dictis locis unum.

Sequitur alterum. Alius ignem fornaci recte subjecit; alius ignem custodit, sed negligenter; aut, cum deberet ignem custodire, ad fornacem obdormivit: domus exusta est, uter lege Aquilia teneatur? nam qui ignem recte subjecit, nihil peccavit: qui ignem negligenter custodit, aut ad fornacem obdormivit, nihil fecit: oportet autem, ut Aquiliæ locus sit, non modo damnum datum esse, sed etiam injuria, amplius dantis corpore: id est, præcipue facto ejus. Utitur Legum Collatio exemplo, quod omiserunt Pandectarum Compilatores in *d. §. 9.* id exemplum est, Si Medicus Chirurgus hominem recte secuerit, sed negligenter vel ipse se, vel alius eum, curaverit: sive enim homo periit, sive debilitatus est, Aquilia cessat: quia non potest, quod alius peccavit, alii, id est, Medico imputari. Sed quid est? placet, in eum, qui aut ad fornacem obdormivit, aut ignem negligenter curavit, non quidem ex verbis legis directa actionem dari, sed ad exemplum ejus utilem actionem

nem comperere. Qui potest? nam qui obdormivit, is rem humanam & naturalem passus est; ea vero neque culpa, neque injuria, videtur. Sed videamus, ne is, qui ad fornacem obdormivit, non ob somnum teneatur: (neque enim somnus in culpam aut injuriam cadit) sed quia aut ignem non extinxit, aut ei custodiam & vigiliam, quam recepit, non præstitit.

Aliud exemplum est *d. l. 27. §. ult. h. t.* Locasti tectori curandum laccum plenum vini: id est, ut Jacobus Cujacius V. CL. interpretatur *lib. 10. Observ. c. 8.* vini cisternam curandam sive incrustandam: laccum enim intra extraque incrustari solitum, idem V. CL. ex Suida docet; additque, tectorem appellari eum, qui cisternæ inducit tectorium. Cujacio addam locum optimum ex Tertulliano, *De idololatria c. 8.* cujus hæc sunt verba. *Scit albarius tector & tecta sarcire, & tectoria inducere, & cisternam liare & cymatia distendere, & multa ornamenta præter simulachra parietibus incrispare.* Mentio ejusmodi tectoris in *l. 5. §. 7. D. Commodati vel contra*, & in sequente Inscriptione apud Gruterum pag. 642.

P. MARCIUS. P. L
PHILODAMVS
TECTOR. SIBI
SVEISQVE. HIC
IVCVNDA. SEPVLTA
EST. DELICIA. EIVS

Igitur locasti tectori incrustandum laccum vini plenum. is eum pertudit: vinum effusum est. an lege Aquilia obligatur? Et quantum ad verba attinet, non videtur: non enim tector damnum dedit

præcipue corpore suo, neque ita vinum effudit, corruptive; quod lex desiderat: vitio tamen pertusæ & male incrustatæ cisternæ, id est, tectoris sive imprudentia, sive imperitia, utcumque culpa, factum est, uti vinum effunderetur & corrumpetur, & damno causa præberetur. proinde utilis in factum actio adversus eum velut ex legis sententia dabitur.

Aliud exemplum est in *l. 29. §. 2. D. h. t.* Navis tua impacta est in meam scapham: ea navis mihi damnum dedit. quæritur, an Aquilia actio mihi competat: damnum enim dedisti mihi, sed non manu tua aut corpore tuo, quod lex Aquilia postulat. Sed ait Proculus, si in nautarum potestate fuit, ne id accideret, & culpa eorum factum est, lege Aquilia cum nautis agendum esse: quia parvi refert, utrum tua manu damnum dederis, an navem immittendo, aut ferraculum, (ita habent Pandectæ Florentini, approbante Cujacio, qui *ferraculum* interpretatur *contum*: sed alii legunt *servaculum*, & exponunt scapham, cui nautæ vel pisces vel se tempestatis tempore committunt) parvi, inquam, refert, utrum damnum dederis tua manu, an navem immittendo, aut ferraculum, sive servaculum, ad navem ducendo: quando omnibus his modis per te, id est, præcipue corpore tuo, damno adficior. sed si fune rupto, casu fortuito, vel, cum non essent in nave nautæ, qui eam regerent, navis tua impegerit in meam; neque cum nautis agendum esse, neque cum domino: quia neque nautarum neque domini culpa arguitur.

CAPUT XIX.

Legem Aquiliam, etsi corruptionem persequatur hoc capite, tamen non aliam persequi, quam injuria factam. injuriam autem hoc capite similiter accipi, ut primo, pro qualicumque culpa. Si quid jure, aut casu ruptum sit, non intelligi injuriam. Quid juris, si quis vicini ades dissipavit incendii arcendi gratia? & alia id genus exempla quædam elegantia exposita.

Porro ait lex, *Injuria*. non igitur sufficit, ruptum esse; sed oportet, injuria factum esse: injuriam autem hoc capite similiter accipimus, ut primo, pro dolo, & culpa *l. 30. §. 3. D. Ad legem Aquiliam*: id est, pro dolo & qualicumque culpa. adeo si quid jure, aut casu, factum sit, neque injuria est, neque Aquilia locum habet. at si quid culpa, quamvis levissima *l. 44. D. eod. tit.* id est, si animo non quidem improbo, sed imprudente, factum omissumve sit, quod mereatur hominis sapientis reprehensionem; Aquilia locum habet.

Extant ad hanc partem pariter ut ad primam, exempla multa; sed adferam pauca, eadem non inutilia, neque inelegantia. Primum erit ex Ulpiano *l. 49. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*. cujus hæc verba sunt.

Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas ades intercidit. nam hic scribit cessare legis Aquilia actionem: justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas ades inter-

cidit. & sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat legis Aquilia actionem cessare.

Proximæ Titii ædibus sunt ædes Sempronii; his ædes Mævii; has incendium occupavit. ejus incendii arcendi gratia Titius ædes Sempronii diruit. an lege Aquilia tenetur? Et non placet, eum teneri: quia non, si qualiter qualiter damnum dedit, Aquiliæ obnoxius est; sed si damnum injuria dedit: id est, si sine jure dedit, sive si culpa quali quali, quæ cadat in hominis prudentissimi castigationem. at quis reprehendat Titium, quod motus magna vi & justo metu, ne ignis ad ædes suas perveniret, vicini ædes intercidit? fecit enim, ut ædes suas tueretur adversus vim incendii: quod jus & mos patitur, cum alias non possit: teste Seneca *lib. 1. De clementia c. 25.* qui inquit. *Sub uno aliquo tecto flamma apparuit, familia vicinique aquam ingerunt: at incendium vastum & multas jam domos depastum parte urbis obruitur.* Igitur si Titius Sempronio damnum dedit, dirutis, propter incendium, ædibus ejus: (quia necessitate damnum dedit) non injuria, sed lege temporis, damnum dedisse videtur: neque magis Aquilia tenetur lege, quam si alienas merces in mare projecisset servandarum mercium suarum causa *l. 14. D. de*

D. de praescriptis verbis. nam & has necessitate, velut jure, projecisse videtur. De utraque specie sic Seneca Pater, *lib. 4. Controvers.* *Necessitas est, quae navigia jactu exonerat, necessitas est, quae ruinas incendia opprimit, necessitas est lex temporis.* His accedit & alia ratio ex *l. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam.* ea ratio est, quod Sempronii aedes aequae periturae fuissent, etsi a Titio non fuissent dirutae. proinde si dirutae sunt, non videtur damnum Sempronio datum esse, utique perituris aedibus, atque id adeo verum est, ut, si pervenerit ignis ad Titii aedes, si ante extinctus sit, Aquilia cesset: quia sufficit, Titio tum, cum aedes diruit, justum metum fuisse, ne ad se perveniret ignis quamvis is metus post defierit: nam, ut Horatius ait *lib. 1. epist. 18.*

— — — *Tua res agitur, paries cum proximus ardet,
Et neglecta solent incendia sumere vires.*

Habes elegantem Celsi & Ulpiani sententiam in *d. l. 49. §. 1. D. Ad legem Aquiliam & l. 3. §. 7. D. de incendio, ruina, naufragio*, neque aberrantem a Servii interpretatione: quam idem Ulpianus subicit in haec verba *l. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam.*

Est & alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obijcienda. ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, & quod vi aut clam mecum agatur, ut damni injuria. Gallus enim dubitat, an excipi oportet, quod incendii defendendi causa factum non sit? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse. privato non esse idem concedendum. si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam. si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem autem esse, si damni injuria actum foret. quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem dicendum erit, quia non ex postfacto, sed ex presenti statu damnum factum sit, nec ne, aestimari oportere Labeo ait.

Erat incendium in vicinia Titii. is cum timeret, ne id ad se veniret, vicini aedes dissipavit. quaeritur, an interdicto, Quod vi aut clam, aut actione damni injuria ex lege Aquilia, conveniri; & si conveniatur, an se tueri possit hac exceptione, Quod incendii arcendi causa factum non sit? Primum ait Ulpianus, Celsum (ita legendum Celsus, non Gallus) dubitasse, an Titius, si hoc interdicto conveniatur, ea exceptione se tueri possit: id est, ait, Celsum existimasse, Titio, si eo interdicto conveniatur, dandam esse hanc exceptionem. hoc enim indigitat ea locutio, dubito an: ut demonstravi supra capite sexto: in primis autem paret is sensus ipso qui ea locutione usus est, interprete in *d. l. 49. §. 1. & d. l. 3. §. 7.* Hoc primum ponit Ulpianus: sed deinde addit, Servium Magistratum distinxisse a privato: & Magistratui quidem, si id fecisset, atque ideo conventus esset, facilius exceptionem dedisse: puto, quod esse videretur praesumptio pro honore Magistratus, eum nil temere fecisse, sed cogente necessitate; utique, nisi adversarius eum injuriae clare convinceret, id est, nisi contra ostenderet, ignem non fuisse eo probabiliter perventurum: privato autem, si is fecisset, exceptionem difficilius dedisse; nisi probaret, futurum fuisse probabiliter, ut eo ignis perveniret. summam tamen esse, ut si eo pervenisset ignis, id est, eo potuisset pervenire, reus absolvendus esset: si eo non pervenisset, hoc est, si non potuisset eo pervenire, lis aestimanda esset: id est, lis tanti aestimanda esset, quanti actoris interesset *l. 15. §. 7. & 9. D. Quod vi*

Nocti Operum Tomus I.

aut clam. Sic mihi videtur, & hanc vocem *simpli*, quam plerique codices agnoscunt in *d. l. 7. §. 4*, esse spuriam: quia condemnatio, quae ex eo interdicto fit, ad id quod interest fit: adeo semper *simpli* est, dupli numquam est. Quod dixi, censet Servius in interdicto, Quod vi aut clam, idemque esse, si damni injuria agatur ex lege Aquilia; addita causa, quia neque damnum, neque injuria, dari aut fieri videtur aequae perituris aedibus. Exposui unum exemplum.

Addam alterum ex *l. 29. §. 3. D. Ad legem Aquiliam.* Navis vi ventorum impulsae est in funes anchorarum alterius: nautae illius navis ut se servarent, praeciderunt funes anchorarum istius. navis illa periit, vel damnum passa est, an tenentur nautae? distinguit Jurisconsultus, utrum potuerint se explicare aliter, quam praecisis funibus, an non potuerint. & priore casu putat, culpae teneri eos, quia non habuerunt jus funes alterius praecidendi, quo illi nocerent tum, cum se aliter possent servare. posteriore casu contra censet: quia non videntur injuria fecisse nautae, qui se tueri voluerunt, cum alias non possent; &, ut supra dictum, sequuti sunt legem temporis, coacti necessitate. Idem dicendum circa retia piscatorum, in quae navis inciderat.

Similis species est *§. 4.* ejusdem legis. Navis obruit aliam navem contra se venientem: si contigit tanta vi, ut non potuerit temperari navis; nulla est in dominum danda actio: si culpa nautarum, id est, gubernatoris vel ducatoris, (ita est in Florentinis Pandectis: neque improbo: nam videntur Veteres & ducere & ducare dixisse, indeque & ducatus, & educare, & ducarii pro ducibus, superesse) si, inquam, culpa nautarum, id est, gubernatoris vel ducatoris id factum est, Aquilia sufficit.

Est & aliud exemplum apud Alfenum *l. 52. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*: id exemplum est. Tabernarius in semita (quae est augustior via) noctu supra lapidem lucernam posuerat. quidam praetereiens eam sustulerat. tabernarius eum consequutus, lucernam reposcebat, & fugientem retinebat. ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolo inerat (ita recte Haloander & Russardus: qui addit ex Servio ad *lib. 7. Aeneid. Virgilii vers. 664.* dolonem appellari flagellum, intra cujus virgam latet pugio) verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret. ex eo orta major rixa, id est, pugna, seu contentione, quae jam manu constaret, non tantum verbis: ut in simili fere specie apud Suetonium *Nerone c. 26.* ubi, *Sepe*, inquit, *in ejusmodi rixis oculorum & vitae periculum adiit, a quodam laticlavio, cujus uxorem attraxerat, prope ad necem casus.* Et apud Juvenalem *sat. 3. vers. 287.*

— — — *Misera cognosce proemia rixae,*

Sirixa est, ubi tu pulsas, ego vapulo tantum.

Utitur & Tacitus eodem sensu *lib. 1. Histor. c. 64.* *Jurgio*, inquiens, *mox rixa inter Batavos & legionarios, dum his aut illis studia militum adgregantur, prope in praelium exarsere.* Ex eo, inquam, major rixa facta, tabernarius ei qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: quaerebatur, num non videretur illi damnum injuria dedisse? (sic legendum censet Antonius Augustinus *lib. 1. Emendationum c. 1.* *Consulebat, num damnum injuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset*) Respondit Alfenus, si prior flagello percussus tabernarius se defendit, & alteri oculum effodit non dedit opera; non videri damnum injuria dedisse. Et recte: quid enim imputetur ei qui fuit jure suo usus, sive lucer-

N

nam

nam suam repetiit, siue cum vapularet, se defendit? et si alteri oculum effodit casu: nam huic humanitas ignoscit: hic maxime, ubi damnum contigit culpa ejus qui damnum passus est, neque ideo damnum passus videtur *l. 203. D. de regulis juris*. Ita, si tabernarius, cum prior vapularet, oculum furti casu effodit: sed si fecit data opera, aut cum alter lucernam ei eriperet, rixatus est, id est, illum vi & manu aggressus est; videtur damnum injuria dedisse: quia conveniebat constitutis judiciis, ne se privatim ulcisceretur tabernarius, neve furem ob nudam lucernæ defensionem, non dicam, occideret, sed neque verberaret, læderetve: et si ei jus erat, lucernam suam retinere aut repetere, & ideo furem apprehendere aut detinere; etiam, si ab eo percuteretur, se cum ejus damno tueri; saltem, si non poterat illi sine periculo suo parcere. proinde siue defendit se, & alteri oculum effodit dedita opera, siue casu fecit, sed prior rixatus est, ut lucernam haberet; utrimque culpam arguit ulciscendi inane studium. Quintilianum audi *Declam. 13. p. 190. At enim adversus inferentem damnum justa ultio fuit. Dicam nunc, quam iniqua sit invicem injuria compensatio, quamque non solum legi adversa, sed etiam paci. Barbarorum mos est populorum, quos procul omnis juris humani societate summos proxima bellis natura efferauit. Nos ideo magistratus legesque a majoribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit, & assidue scelerum causa se refellant, si ultio crimen imitabitur. Damnum accepisti. Erat lex, forum, iudex: nisi vos jure vindicari pudet. At me hercle jam ad arma mittimur, & instituitur perniciose nocendi contentio, & in vicem legis ira succedit.*

Aliud subijciam exemplum ex eadem *l. 52. §. ult. D. Ad legem Aquiliam*: cujus hæc verba sunt.

Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit, & crus fregit. quærebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cujus impulsu ceciderat, agere potest? Respondi, non posse, cum casu magis, quam culpa, videretur factum.

Lusus pilæ qui in his verbis proponitur, is videtur esse, quem Veteres *harpastum* dicunt: in quo lusu alter alterum impellit, eoque impulsu agit, ne alter pilam percipiat: ut est jam ab aliis demonstratum, eo igitur in lusu jacta pila, si quis impulit servulum, qui pilam percipere conabatur; servusque cecidit, & crus fregit: placet, quod Alphenus ait, cessare Aquiliam: quia servus, et si impulsus occidit, & crus fregit, tamen jure & more lusus impulsus fuit: non autem videtur culpa atque injuria fieri, quod inter ludendum fit, modo si a ritu ludi, non prohiberi, non abhorreat. igitur si servus alterius impulsu cecidit, & crus fregit; casu magis, quam injuria, crus fregisse intelligitur.

Simile exemplum est in *l. 29. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*. Habebam protectum supra ædestuas nullo jure, id est, citra servitutem, hoc protectum meo tenebatur fundo aut pariete: in tuo nusquam requiescebat *l. 242. D. de verborum significatione*, tu id sustulisti, recisis tignis, placet, te, quasi mihi damnum injuria dederis, mihi lege Aquilia teneri, erat enim protectum meum, quod hærebat fundo aut pariete meo, ejusque partem faciebat: non autem jus tibi fuit, mea tigna rescindere, & meum protectum tua tollere auctoritate; et si id protectum supra domum tuam haberem nullo jure, sed debuisti mecum experiri actione negatoria, jus mihi non est

se, ita protectum habere, aliter quam si aquæductum trajeci per domum tuam citra servitutem, id est, nullo jure, & tu eum recidisti sponte tua, et si enim & hic potueris agere adversus me, jus mihi non esse, ita habere aquæductum per domum tuam; potuisti tamen & perdere aquæductum jure tuo *l. 27. D. de servitutibus prediorum urbanorum*: quia aquæductus, a me in tuo factus, non meus, sed tuus est: licet autem tibi, cum vis, remove aquæductum tuum, quem mihi in tuo habere jus nullum fuit *d. l. 29. §. 1.* maxime si fundi tui non tantum dominus sis; sed & possessor: nam unicuique fas est, tueri possessionem suam, et si alienam invadere nefas sit.

Aliud exemplum est in *l. 30. §. 3. D. Ad legem Aquiliam*. Si quis ignem immiserit in stipulam suam vel spinam, hujus comburendæ causa, (quod solere bonos & diligentes patresfamilias, jam alibi monui) & ignis ulterius evagatus, alienam segetem vel vineam læserit: distinguendum est, utrum casus damnum dederit, an imperitia aut negligentia ejus qui ignem fecit, nam si hic observaverit omnia quæ debuit, & subita vis venti ignem latius produxerit: jure fecit, sed casus nocuit; & ideo Aquilia cessat, quod si aut imperitia aut negligentia ejus qui ignem fecit, in causa fuit, ut ignis fugeret, id est, ut evageretur ultra, quam deberet, ut si eum non observavit latis, aut si ventoso immisit die; ejus culpa dicitur: quia non modo potuit, sed & debuit cogitare, ignem latius exiturum: & ideo injuria fecisse intelligitur.

Similis casus *l. 27. §. 26. D. Ad legem Aquiliam*. Artifici faciendum dedisti calicem diatretum, id est, calicem ex vitro aut simili forandum, sculpendum, cælandum, pro Veterum more, de quo multa præclare & erudite, ut solet, Claudius Salmastius, V. CL. Notis ad Vopiscum in *Saturnino c. 8. p. 729.* & Plinius *lib. 36. Natural. histor. c. 26.* ita de vitro differens, *Aliud flutu figuratur, aliud torno teritur, aliud argenti modo calatur.* Dedisti igitur artifici faciendum calicem diatretum, eum calicem fregit artifex, cum vellet cavare, & sculpere: an lege Aquilia tenetur? si imperitia fregit, tenetur: quia imperitia ejus, qui artem profectur, & alteri nocet, culpam habet: ut ostendi supra *c. 8.* cæterum si artis regulas sequutus, pleraque observavit, quæ erant facienda, & materia vitium habuit, excusatur artifex; cum nihil sit, quod ei imputetur. Plane si, cum ei data fuit materia, pactus sit, ne faceret periculo suo, quod, & solent artifices, cum tales materiæ dantur; pactum servandum est *d. l. 27. §. 29. & l. 13. §. 5. D. Locati conducti*.

Alius casus *l. 28. pr. & §. 1. item l. 29. D. Ad legem Aquiliam*. Titius foveas fecit urforum cervorumque capiendorum causa. Ritus hodie notus est, & a Silio Italico olim descriptus verbis sequentibus *lib. 6. De bello Punico*.

*Hand secus ac stabulis procurans oria pastor
In foveam parco tectam velamine frondis
Ducit nocte lupos posita balatibus agna.*

Refert & Plinius *lib. 8. Natur. hist. c. 8.* Africam foveis cepisse elephantos. Festus quoque in verbo, *Fovii*, inquit. *Fovii, qui nunc Fabii dicuntur, dicti, quod princeps gentis ejus ex ea natus sit, cum qua Hercules in fovea concubuit. Alii putant, eum primum ostendisse, quemadmodum urfi & lupi foveis caperentur.* Igitur Titius fecit foveam urforum cervorumque

que capiendorum causa : in eam foveam aliquid decidit , & deterius factum est. quæritur , an Titius lege Aquilia teneatur ? distinguit Paulus , utrum fovea sit in itinere facta , an in alio loco , ubi solet fieri , hoc casu negat , teneri Titium ; illo contra putat : quia in altero ejus culpa videtur , in altero non videtur. Quid , si fovea facta sit in itinere publico , & ei , qui in foveam incidit , ante denuntiatum fuit , aut eam ultro scivit , aut providere potuit ? adhuc verius putat , ei denegandam esse actionem : quia ubi potuit evitare periculum , de-

bet culpam , quæ hic subest , sibi imputare , non illi , qui foveam fecit. Idem dicendum , si laqueos posuisses eo loci , quo jus ponendi non haberes , & vicini pecus in eos incidisset *d. l. 29.* Ad hos autem laqueos respicit illud Virgilii *lib. 1. Georgic. vers. 139.*

Tum laqueis captare feras , & fallere visco Inventum. - - -

Etiā Proculus *l. 55. D. de acquirendorum dominio.*

* *

CAPUT XX.

*Adversus quem & cui detur actio ex capite tertio legis Aquilia.
Et quid , si homo liber vulneratus sit ?*

Postquam dixi , quando actio danda sit ex hoc capite , monet tempus , ut ostendam , adversus quem danda videatur , quia vero lex jubet , *damnum , qui alteri damnum faxit , quod ufferit , fregerit , ruperit injuria* , idemque ex supra dictis intelligitur ; non puto , opus esse , ut ad hanc partem plura adferam : maxime quia eam jam ad caput primum hujus legis latius sum exsequutus supra capite decimo.

Similiter nihil refert , hic multis ostendi , cui ex hoc capite actio danda sit : quia apparet , domino dari : sic enim ait lex , *Tantum es domino dare damnas esto* , dominus autem quis potissimum intelligatur , in antecessum monui in expositione primi capitis.

Illud ramen addendum est , quod , cum lex vult , si servus ruptus sit , domino actionem dari , quasi- rum fuit , si homo liber , paterfamilias , verbi gratia , vulneratus sit , an hæc actio ei competat suo nomine ; & apparet , ei non competere actionem ; utri- que directam , quia neque membrorum suorum quisquam dominus est , neque ulla liberi corporis æstimatio est. Si tamen quod damnum passus sit

paterfamilias , propter acceptum vulnus ; nihil prohibet , quo minus ei utilis actio eo nomine danda videatur *l. 13. D. Ad legem Aquiliam.*

Idem jus est , si filiusfamilias vulneratus sit : placet enim , actionem dari patri ; eaque consequi eum , quod minus ex operis filii sui habiturus sit , & impendia , quæ pro ejus curatione fecerit *l. 5. §. ult. l. 6. & 7. D. eod. tit.* Atque id in patre certum est : sed de filiofamilias videamus , an & ei actio danda sit , & non placet , ei dandam esse : quia enim filiusfamilias , quodcumque acquirit , non sibi , sed patri cujus in potestate est , acquirit ; consequens est , ut , si quæ de his actio competat , ea patris , non filii , actio intelligatur : nec ea filius , sed pater , experi- ri possit. Si tamen pater absit , neque patris procurator ullus sit , aut sit quidem , sed experi- ri nolit ; obtinuit ex Juliani sententia , etiam filiofamilias suo nomine actionem utilem competere : scilicet , ne aliter statuentibus , & impunita maleficia sint , & absens filius adversus patris voluntatem facile damno adficiatur *l. 18. §. 1. D. de judiciis,*

& l. 8. D. de procuratoribus.

CAPUT XXI.

De æstimatione damni injuria dati ex capite tertio legis Aquilia.

Restat , ut videamus , quemadmodum damnum injuria datum ex tertio legis Aquiliae capite æstimandum sit. Ait lex , *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis.* Ex his verbis apparet differentia primi & tertii capitis ; siquidem ex primo tanti condemnatur reus , quanti res intra annum proximum plurimi fuerit ; ex tertio autem damnatur tanti , quanti intra proximos triginta dies fuerit *§. 14. Inst. de lege Aquilia.*

At neque plurimi quidem verbum tertio capiti adjicitur : sed Justinianus ait , Sabino recte placuisse , perinde habendam æstimationem , ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum esset ; nam plebem Romanam , quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit , (an jussit ?) contentam fuisse , quod eo verbo prima parte usa esset *§. 15. Inst. de lege Aquilia* , idque & Ulpianus probat *l. 29. §. ult. D. eod. tit.*

Cæterum cum lex ait , *Quanti ea res erit* , non hoc vult , quanti id corpus erit , sed pariter ut in primo capite , quanti præterea actoris intererit : eoque pertinere videtur , quod Plinius de anthia pisce , & quo-

modo is capiatur , refert *lib. 9. Histor. natur. c. 59.* quod supra annotavi capite primo ad finem. Neque obstat , quod Ulpianus scribit *l. 29. §. 3. D. Ad legem Aquiliam* circa retia piscatorum , in quæ navis inciderat impulsa vi ventorum , si damni injuria agatur ob retia , non piscium , qui ideo capri non sunt , æstimationem fieri , cum incertum fuerit , an caperentur. Nam in superiore casu , qui apud Plinium est , æstimatio facta fuit non piscium , qui per anthiam capi potuerunt , sed anthiæ , neque ipsius , qua piscis , sed qua conciliatoris & ducis , id est , ejus , qui gregario pisce pretiosior est , & hætenus civilem æstimationem recipit. at in isto casu , qui Ulpiani est , id quæritur , an incertum eorum piscium , qui non sunt capri , æstimari possit. quod ideo non placet , quod qui petit id quod sua interest , sive dicat , se damnum accepisse , sive lucrum amisisse , hoc probare debet : id autem si incertum est , qui probare potest ? Sed & hoc eo recipit dubitationem , quod Celsus scribit *l. 12. D. de actionibus empti & venditi* , si jactum retis emero , & piscator jactare rete nolit , incertum ejus æstimandum esse. Nisi hæc differen-

tia est, quod in ea principaliter agitur de captura, quæ, quo minus fieret, stabat per piscatorem, qui eam vendidit certo pretio, quo casu incertum capturæ ex piscatoris consuetudine æstimari posse, Accursius refert; at in d. l. 29. §. 3. D. Ad legem

Aquiliam non agitur principaliter de captura, quæ incerta erat, sed de retribus ruptis: igitur incertum ejus rei æstimari non potest.

Atque hæc ad legem Aquiliam nunc quidem dicta sufficiant.

Explicit. Liber Singularis ad Legem Aquiliam.

INDEX CAPITUM

Libri singularis

AD LEGEM AQUILIAM.

CAP. I. Auctorem & capita legis Aquiliæ videri incerta. 119

II. Caput primum legis Aquiliæ restitutum. id caput persequi eadem servi aut pecudis. Hominem pro servo dici. Si liber homo occisus sit, directam legis Aquiliæ actionem cessare: sed utilem receptam videri exemplo elegantis Decreti Taurini Egnatii Proconsulis Batice, & subsequenti Rescripti Divi Hadriani. Ulpianus declaratus l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam. Pecus in lege Aquiliæ quid? Ad l. 2. §. 2. D. eod. tit. 120

III. In lege Aquiliæ quidem coerceri eadem; sed non aliam, quam injuria factam, injuriam autem accipi omne non jure factum, in quo culpa qualis qualis arguitur; etsi dolus non sit. quod si aut jure aut casu cades facta sit, non videri injuriam. 122

IV. Eum, qui facit id, cujus jus habet, non facere injuria. Quid, si quis servum alienum adulterum deprehensum occidat? quid, si latronem sibi vim inferentem? quid, si alium? quid, si latronem occidat, sed modum egressus? legis Aquiliæ, legis Numæ, & Corneliæ de sicariis, egregia & nobilis differentia. ibid.

V. Ulpianum l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & Tit. 7. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum, Legem Corneliæ pro Aquiliæ imprudentem dixisse. Lex XII. Tabularum de cade furis nocturni exposita. Pauli elegans Fragmentum declaratum. 124

VI. Magistris in disciplina concedi levem castigationem discentium. & quid, si egrediantur eum modum? Oculi perfusus aut effusus. Verborum, dubito & non dubito, usus apud Ulpianum in l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam, & quibusdam aliis in locis. De jure & modo Magistratuum municipalium in executione rei judicata, & in castigatione servorum. Domino & fructuario qualis coercitio competat in servum. 125

VII. Eadem culpa factam, cui casus coheret, injuria factam videri. Exemplum Ulpiani elegans & rarum in servo cujus gula, dum tondetur, & novacula super gulam est, adjecta pila præciditur. Amphibolia observata & exposita in l. xi. D. Ad legem Aquiliam. Aliud exemplum in ludo noxio. Quid, si duo stramenta ardentia transiluerint, & concurrerint, ambo ceciderint, alter flamma consumptus sit? Usus ejus rei in Pali-

libus esse: de quibus accipiendam l. 45. §. 3. D. eod. tit. Quid juris, si homo in lucta, pugilatu, aut pancratio, occisus sit? ad l. 7. §. 4. D. eod. tit. 127

VIII. Imperitia an & qualis culpa annumeretur? & quid de infirmitate dicendum sit? 129

IX. Occidere dicendum, qui qualemcumque eadem vi & manu facit. etiam eum, qui mortis causam præbet: sed alterum ex vi & proprietate verbi, alterum ex mente & sententia legis. Occisum intelligi eum, qui statim exspiravit; etiam eum, qui ex intervallo mortuus est. 130

X. Hoc capite teneri omnem, qui injuria occidit. An & furiosus, infans, infante major, aut proximus pubertati? & quænam dicantur tales? Quid, si servus alium occidat, vel ignorante, vel sciente, vel jubente, vel invito, domino? Sensus l. 2. D. de noxalibus actionibus, & quarundam aliarum. Quid, si homo liber occidat jussu ulterius. Quid, si homo a pluribus in rixa occisus sit, & auctor cedis vel sciatur, vel ignoretur? Quid, si ab uno mortifere vulneratus, ab alio similiter ictus statim decedat? ad l. 51. l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. An heres ejus, qui hominem occidit, lege Aquiliæ teneatur? 132

XI. Ex primo capite legis Aquiliæ actionem dari hero, seu domino: id est: ei, qui tum dominus fuit, cum servus aut pecus occideretur: neque interesse, utrum perpetuus dominus sit, an temporarius. Quid, si deinde deserit dominus esse? Quid, si post factus sit, sed fictione juris retro dominus habeatur? An domini appellatione bonæ fidei possessor contineatur? Et quid de fructuario, de commodatario, & creditore pignoratitio? 135

XII. De æstimatione occisi hominis aut pecudis ex primo capite legis Aquiliæ. 137

XIII. Secundum caput legis Aquiliæ in desuetudinem abiisse, & vim ejus ignorari. 138

XIV. Verba capitis tertii legis Aquiliæ. Eo capite caveri de cætero omni damno, præter hominem & pecudem occisos. Quid de apibus aut similibus feris bestiis? Emendatur Ulpiani Fragmentum Tit. 12. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum. ibid.

XV. Hoc capite caveri quidem de cætero omni damno, sed maxime, si quid, ustum, fractum, aut ruptum sit. Hoc verbum, ruptum, videri

- deri generale, & sic acceptum esse, corruptum.
An consumptum rupti appellatione veniat? Ru-
ptum seu corruptum non intelligi, nisi & damnum
datum sit. 139
- XVI. Emendatio l. 41. D. Ad legem Aquiliam. 140
- XVII. Si quis olivam immaturam decerpserit, vel
segetem defecerit, vel uvas crudas, an Aquilia
teneatur? Ulpianus expositus l. 27. §. 25. D. Ad
legem Aquiliam, & Favolenus l. 42. D. de usu
& usufructu legato. 141
- XVIII. Verbum, ruperit, in lege Aquilia non in-
digitare aliam corruptionem, quam qua damnum
corpori & a corpore adfertur. complura loca ex-
plicita. 142

- XIX. Legem Aquiliam, etsi corruptionem per-
sequatur hoc capite, tamen non aliam persequi,
quam injuria factam. injuriam autem hoc capi-
te similiter accipi, ut primo, pro qualicumque
culpa. Si quid jure aut casu ruptum sit, non
intelligi injuriam. Quid juris, si quis vicini
ades dissipavit incendi arcendi gratia? & alia
id genus exempla quedam elegantia exposita. 144
- XX. Adversus quem & cui detur actio ex capite
tertio Legis Aquilia. Et quid, si homo liber vul-
neratus sit? 147
- XXI. De estimatione damni injuria dati ex capite
tertio legis Aquilia. ibid.

* *



GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DE
FOENORE ET USURIS
LIBRI TRES,

In quibus

MULTA JURIS CIVILIS
ALIORUMQUE
VETERUM SCRIPTORUM
LOCA

aut illustrantur aut emendantur

Editio prima in Germania post tertiam Lugduno-Bataviensem.



GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
DE
FOENORE ET USURIS
LIBER PRIMUS.

P R Æ F A T I O.

DE fœnore & usuris quæstio est: qua dubito, an nulla sit ad cognitionem elegantior. certe nulla ad regendam negotiorum æqualitatem magis opportuna est. sed, quod mirere, nulla æque experta est contraria hominum judicia. fuit enim, cum justa & honesta, fuit cum impia & flagitiosa haberetur usura: nedum turbæ & imperitæ plebi, inconsulte procedere solitæ: sed sapientibus nobili fama & spectata gravitate. etsi non suo merito, sed hominum fœnore & usuris male utentium. adjuvitque errorem; quod qui disciplina formarunt mores, castigaturi seculi vitium, aliquando, ut sit, frenis usi fuere adductioribus, quam res vellet, fere ut quod solutius esset, ad integritudinem reducerent. sed maxime factum ignorantia rationis, res humanas continentis, ut fœnus usuræque vetarentur. nec tamen, ne exerceretur pecunia, legibus pœnisque, vel gravissimis, impetratum fuit. contra cœpere usuræ sub alio nomine ex locupletum libidine sine fine peti. ita damnum attulit medicina, unde salus sperabatur apparuitque, satius fuisse, usuram Gentium jure subnixam, & ad tuendam proprietatis vim atque utilitatem pertinentem, probabili indulgeri modo, quam veneratione erroris, officii specie fallentis, pergere ultra, quam communis pateretur sensus. Sed enim virtutem veram & masculam a vana atque imaginaria separari decet: illam utilem humano generi retineri colique religiose & sancte, istam inani severitate noxiam serio repudiari, omnium interest. nisi aliud humanis rebus vero atque utili magis convenit. at ipsa quid est sapientia, tantopere om-

nibus seculis laudata, præter veri atque utilis intelligentiam? ad quam bona fide accedere, unicuique jus est nato homini, non impediante natura, utilis bonique studiosa: eniti vero pretium operæ fuerit in re tanti momenti, qua nulla est majoris. scilicet, quia ea commercium, unicum humanæ indigentiae subsidium, pace & bello, sive privatos, sive civitates, sive principes, sive denique in maximis, minimis, præsentis opportunitatem pecuniæ putes, carere non possit. hac ratione nec contentus fui, attigisse rem pulcherrimam, perque omnes civilis sapientiæ partes longe lateque diffusam. magis sustinui, integram complecti formam, ipsam obscuram, atque impeditam, nec tamquam ex præscripto semel narratam, neque adeo unam & constantem, qualem plerique effingunt hactenus: sed, quod evenit his, quæ utentium consuetudine formantur, sensim perfectam, atque interim pro usu temporum ac morum variam ac mutabilem, sæpe palam, aliquando per consequentiam mutati nominis, ut jus inutile vel colore eluderetur, ea sane & similia cum ad rei momenta adferre plurimum & lucis & voluptatis existimarem, quamquam arduum esset, observavi, quantum per antiquos licuit Auctores, quibus longa pepercit vetustas. fuit quoque ubi Librariis a quibus descripta sunt eorum monumenta, imputarem causarias locorum partes, earumque molestias levare aut tollere medica conarer arte quam eis homines ingenio & doctrina principes, nullam aut infelicitate attulerant. Sed de se quisque sperat bene: & tu rem mavis, quam verba. desino igitur præfari: & quem expectas futuræ ordinem disputationis, sub-

jicio.

C A P U T I.

Summaria operis distributio.

Opus hoc quod de fœnore & usuris inscripsi, in tres distribui libros. quorum primus, exposita ante vocabulorum vi ac potestate, quam aut priora aut insequuta invenerint tempora, dein an Gentium aut, Divino jure usura aut fœnus probeatur, late disceptat. alter consumitur circa modum finemque, quem pro hominum causarumque varietate, sive ex contrahentium conventionem, sive ex officio Judicis, vel vetustas tenuerit, vel ad no-

vam humanitatis legem Justinianus inflexerit: simul, quid avaritia contra palam aut arte ausa sit, quæque adversus eam remedia invaluerint, diligenter examinat. tertius causas exsequutus, quibus nasci aut tolli usura videatur, iter viæ utilis, nec inamœnæ, quamquam aliquando asperæ, nec satis vulgatæ, absolvit. Sed primum de verborum vi atque usu vi-

debo.

CAPUT II.

Vetustissimos auctores accessionem, quæ creditori datur pro usu sortis, non usuram, sed fœnus, appellasse: usuræque nomine non fœnus, sed cuiusque rei usum, indigitasse. dein loquentium usu obtinuisse, ut usura pro fœnore acciperetur. Eam usuram pro pecuniæ aut frugum, non pro corporum, usu præstari. Constantinus l. 25. C. de usuris explicitus, adducto Veterum more ex l. 8. C. Si certum petatur, & Ambrosio, De Tobia. quo sensu Paulus l. 17. §. ult. D. de usuris dicat, Statuas vel imagines ponendas legari, ex antiquis præsertim Marmoribus demonstratum. Quæ pro usu corporum dantur, non usuras dici, sed mercedes & pensiones aut redditus: & tamen usuras videri mercedes, quæ cum pecuniæ aut frugum usu mutantur. Jus civile iisdem rebus sæpe diversa, & diversis eadem, nomina ac jura imponere. Cur Veteres juris auctores non ut aliorum negotiorum, sic fœnoris proprium fecerint contractum, neque hoc sub locatione & conductione comprehenderint. Fœnus usurasque non tantum in credita, sed etiam in alia materia constitui posse. Eam usura conditionem esse, ut pro usu sortis exigatur.

Antiquissimi auctores accessionem, sive incrementum, quod debitor creditori dat pro usu sortis, non *usuram*, sed *fœnus*, appellarunt. hoc ut sentiam, movet me, quod Cato, initio operis *De rustica*, & Plautus, *Afinar.* 1. 3. in fin. *Mostellar.* 3. 1. & alibi, cum de sortis accessione loquuntur, non *usura*, sed *fœnoris*, meminerunt: *usura* autem nomine Plautus, *Prolog. Amphitr.* vers. 108. non sortis accessionem, sed cuiusque rei usum, indigitat his verbis, *Usuramque ejus corporis cepit sibi.* Nectantum Plautus sic utitur eo verbo; sed & Accius, *Oenomaos*, apud Nonium, cap. 3. *De indiscretis generibus per ordinem literarum.* verba Accii. *Atque hanc postremo solis usuram cape.* Cicero quoque lib. 1. *Tusculan. quest.* de natura sic scribens, *Ea quidem dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ, nulla præstituta die.* Hæc vetus & propria *usuræ* significatio est.

Sed ab hac abiit loquentium consuetudo: qua placuit, *usuram* dici pro fœnore: id est, pro incremento ex usu nato, maxime pecuniæ. inde Isidorus lib. 5. *Orig. c. 35. p. 931.* *Usura est incrementum fœnoris, ab usu aris crediti nuncupata.* Varro quoque lib. 4. *De lingua Latina. Compendium, quod cum compenditur, una sit. à quo usura, quod in sortem accedebat impendium appellatum: quæcum accederet ad sortem, ex usu usura dicta; ut fors, quod suum sit sorte.* Nec id novum est in verbo *usura*: sed in aliis quoque evenit. Priscianum audi lib. 11. pag. 923. editionis Putschii. ait *Sunt & alia eadem & nomina & participia, ut scriptura, ἡ γραφή, ἡ γραφή, usura, ἡ χρησόμενη, ἡ ὁ τόκος ἕως ἡ χρησόμενη, litura, ἡ ἀπαλειψάσα, ἡ ἀπαλειψή.* Idem vel simile in *mercatura*. auctor Nonius cap. 5. pag. 726. Verba Nonii. *Merx & mercatura hoc distant. Merx est species ipsa; mercatura actus ipse vel lucrum de merce.* Sic *capturam* dixit Suetonius, *Caligula c. 40.* pro mercede ob scæna & vili: quamquam & pro deceptione accipi, probet Isidori Glossarium.

Igitur usura, si verbi usum spectes, est pecuniæ vel frugum accessio, quam creditor a debitore exi-

git pro usu sortis. Dixi, *pecuniæ accessionem*: quomodo l. 18. *Cod. Theod. de lustrali conlatione* dicitur, *crescentis in dies singulos pecuniæ accessio.* Africanus l. 24. *D. de præscriptis verbis* definit, *reditum pecuniæ.* Tertullianus lib. 4. *Adversus Marcionem c. 17.* vocat, *redundantiam & fructum fœnoris.* verba Tertulliani. *Pecuniam inquit suam fœnori non dedit, & quod abundaverit, non sumet; fœnoris scilicet redundantiam quod est usura.* Prius igitur fuit, ut fructum fœnoris eradicaret; quo facilius assuefaceret hominem ipsi quoque fœnori, si forte perdendo, cuius fructum didicisset, amittere. Est igitur usura accessio pecuniæ, sed numeratæ præsertim. Inde Festus, *De verbis veteribus*, *Fœnus appellatur naturalis terræ fœtus, & ob quam causam & nummorum fœtus fœnus est vocatum.* Hieronymus, in *Ezechielem* lib. 6. c. 18. pag. 206. *Putant quidam usuram tantum esse in pecuniæ.* Et Isidorus lib. 5. *Originum c. 35. pag. 931.* *Usura est incrementum fœnoris, ab usu aris crediti nuncupata.* Receptum tamen est; ut, si fructus debeantur, verbi gratia, oleum, vinum, frumentum, ex his quoque accessio deberi possit l. 12. *C. de usuris*, ob variam & incertam eorum æstimationem, quam Plinius observat lib. 33. *Natur. histor. c. ult.* his verbis. *Pretia rerum, quæ usquam posuimus, non ignoramus alia in aliis locis esse, & omnibus pene annis mutari, prout navigationes constiterint, aut ut quisque mercatus sit, aut aliquis prævalens manceps annonam flagellet.* Nempe, quia fructus, cum mutui dantur, sæpe magno constant, & cum redduntur, vili venduntur, si quidem in eodem, atque æque bono reddantur genere, sed sine additamento *usurarum* ejusdem generis, facile possit captio esse creditoris: qui eos dedit, cum majoris essent pretii; & recipit, cum sunt minoris, hoc vero, quia non patitur ratio æqualitatis, in contractibus jure Gentium observanda; atque ipsum possit homines abstertere a mutui

mutui datione, id est, a subsidio tam notabili temporariae inopiae, quo subsidio communis omnium vita eget: idcirco consequens fuit incerto pretii, usuras etiam fructuum promitti. Atque hoc Imp. Philippus significat l. 23. C. de usuris: *Oleo, inquit, quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiae suavitati admitti.* Nec tantum Philippus vult, in his recipi usurarum usum; sed & Hieronymus d. loc. quamvis alia ratione, verba ejus. *Putant quidam usuram tantum esse in pecunia. quod praevidens scriptura divina, omni rei aufert superabundantiam: ut plus non recipias, quam dedisti. Solent in agris frumenti & milii, vini & olei, ceterarumque specierum usurae exigi: sive, ut appellat sermo divinus, abundantia. Verbi gratia: ut hyemis tempore demus decem modios: & in messe recipiamus quindecim, hoc est, amplius partem dimidiam. Qui iustissimum se putaverit: quartam plus accipiet portionem, & solent argumentari ad dicere: dedi unum modium, qui satius, fecit decem modios: nonne iustum est, ut medium modium de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & semis de meo habeat.* Utrumque erit; constat, usuram non tantum ex numerata pecunia, sed etiam ex fructibus, deberi; & utriusque sive accessionem, sive additamentum, haberi. Nec fat scio, quid moverit Salmasium, De usuris c. 20. pag. 615. & seq. ut existimaret, accessionem & additamentum proprie dici de usuris non pecuniae, sed fructuum mutuo datorum. id enim refutatur l. 70. §. 1. D. de legatis lib. 2. l. 18. Cod. Theod. de lustrali conlatione. l. 12. & l. 23. C. de usuris: in quibus ea vocabula de usuris tam pecuniae, quam fructuum, indistincte accipiuntur. sed & ipse fatetur d. loc. Salmasius de aliis usuris accessionis vocabulum passim poni.

Igitur usura est accessio pecuniae vel frugum. an & corporum? finge, aurum vel argentum factum est per fideicommissum relictum, vasa, verbi gratia. in traditione mora intervenit. an facienda usurarum aestimatio est? & si quidem materia ista ideo relictæ sit, ut ea distracta, pecunia, quæ resecta, fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur; deberi usuram, Papinianus scribit: non enim oportere frustrationem impunitam esse: sed si forte ideo sit relictæ, ut his vasis uteretur; non posse usuras sine rubore desiderari l. 3. §. ult. D. de usuris.

At enim Paulus l. 17. §. ult. D. eod. tit. ait, *Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a Præsede tempus statuendum est: & nisi posuerint heredes, usuras reipublicæ usque ad tertiam centesima pendunt.* Legatæ proponuntur statuae vel imagines, ab herede ponendæ, ait Paulus, heredem, si eas non posuerit intra præfinitum tempus, reipublicæ usuras debere. vult igitur, usuras ex corporibus pendere: quia vult, eas pendere ex legatis statutis. Sed & Constantinus l. 25. C. eod. tit. inquit, *Pro auro & argento & veste facto chirographo licitas solvi, vel promitti usuras iussimus.* Quid ni? nam si ad usurae proprietatem spectes, indigitat usum non minus corporum, quam quantitatum. quid ni igitur æque ad corporum, ad quantitatum, accessionem referatur?

Sed eximamus scrupulum. quod ad Constantinum attinet: (nam ab eo initium faciam) non sic accipiendus est, quasi jubeat, pro auro & argento facto, aut pro veste, id est, pro his corporibus, solvi vel promitti usuras. non fuit hæc, etsi creditur, Constantino mens. magis voluit definire hac diserta lege (est enim, ut Inscriptio indicat, Ad Po-

pulum) si talia corpora debitori aestimata data sint, quæ usurae pro ea aestimatione promitti aut solvi debeant. hoc agit: nec opus multa arcessere: tantum verba consideremus. non simpliciter jubet Constantinus, pro auro & argento & veste, facto chirographo, solvi vel promitti usuras: sed jubet, pro his, facto chirographo, solvi vel promitti usuras licitas, id est, tantum centesimas, non majores. sit thema. poscebas a Titio mutuum pecuniam. ille cum non haberet, vel non habere se simularet: dedit tibi aliquas species, puta aurum vel argentum factum vel vestes, utriusque consensu aestimatas, mox eam aestimationem, ex eaque usuras majores licitis, sive legitimis, id est, centesimis, stipulatus est. sit chirographum. quæ debentur usurae? iussimus, inquit, Constantinus, licitas, id est, tantum centesimas, (ultra nullæ sunt licitæ) solvi vel promitti usuras. Sic ad Populum jam diserta lege Constantinus. nam hoc modo ante cuidam Proculo homini privato, tantum de facto consulenti, rescripserant Impp. Diocletianus & Maximianus l. 8. C. Si certum petetur, in hæc verba: *Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum vel jumenta, vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spondesti: tamen sors, quæ aestimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima tantum recte petitur.* Sic legendum, legitima tantum, id est, centesima tantum: etsi vulgo editur, legitima summa tantum: sensu minime idoneo. Sed apparet, a Constantino non quæri; an usurae possint deberi ex auro & argento & veste; sed quantæ, his aestimatis, possint ex aestimatione deberi facto chirographo. erat autem aliqua avaritiæ causa, aut potius color, hic petendi usuras majores licitis, sive legitimis, id est, centesimis; quod fœneratori esset frangendum, verbi gratia, argentum, aurumve, fabrefactum; nec iniquum videretur, id damnum ei a debitore majore usura, quam licita, reparari. auctor Ambrosius, De Tobia c. 3. verba Ambrosii *At ubi usurarum mentio facta fuerit, aut pignoris, tunc abjecto supercilio fœnerator arripet, & quem ante cognitum sibi denegabat, eundem tanquam paternam amicitiam recordatus osculo excipit, hereditaria pignus charitatis appellat, flere prohibet.* Quæremus, inquit, domi, si quid nobis pecuniae est, frangam propter te argentum paternum, quod fabrefactum est, plurimum damni erit, quæ usurae compensabunt pretia emblematum? Sed pro amico dispendium non reformidabo, cum reddideris, resciam. Itaque antequam det, rescire festinat: & qui in summa subvenire se dicit, usuras exigit. Kallendis, inquit, usuras dabis: fœnus interim, si non habueris unde restituas, non requiro. Ita ut semel det, frequenter exigit, & semper sibi debere efficit. Hac arte tractat virum. Itaque prius cum chirographis ligat, & adstringit vocis suæ nexibus. Numeratur pecunia. Exposui Constantinum.

Venio ad Paulum. nec is voluit d. l. 17. §. ult. ab herede pendere usuras statuarum: sed pecuniae hereditariae, qua cum statuas ex testamento emere & ponere oportebat. dicuntur enim legari ponendæ statuae; cum legatur pecunia ad emptionem positionemque statuarum; denique, cum heres jubetur, statuam ponere, faciendam summam, a testatore præscripta. sic enim solent testatores, non utique legare ipsas statuas: id est, certa corpora; sed certam pecuniam, quam in statuas faciendas ponendasque impendi velint.

Id ostendit sequens Lapis, apud Gruterum, pag. 159.

Inscr. 9.

MELIA. ANNIANA. IN MEMOR
Q. LÆPICI. O. F. SER. BASSI
MARITI. SUI. EMPORIUM. STERNI.

ET

ARCUM. FIERI. ET. STATUAS.
SUPERPONI

TEST. JUSS. EX. HS. DCXXX. PR.
Solent & pondus, simul materiam, definire, ex
qua & fieri & poni statuas oporteat: & exemplum
apud Gruterum, pag. 101. Inscr. 2.

CÆCILIA. TROPHIME. STATU
AM. PIETA. TESTAMENTO. SUO
EX. ARG. P. C. SUO. ET. CÆCILI
SILON. MAR. SUI. NOMINE. P. C.
D. CÆCIL. HOSPITAL. ET CÆ
CILIA. PHILETE. HEREDES. SINE
ULLA. DEDUCTIONE

XX. P

Significat, Cæciliam Trophimen testamento suo
poni curasse suo, & Cæcili Silonis, mariti sui, no-
mine, statuam pietatis ex argento pondo centum.
sic enim priore loco explico has literas P. C. sua-
dente illo Statii lib. 5. *Sylvarum* ex testamento Pri-
scillæ.

*Da Capitolinis aeternum sedibus aurum
Quo niteant sacri centeno pondere vultus
Cæsaris & propria signet cultricis amorem.*

Addo & sequens Marimor ex eodem Gruteri Cor-
pore pag. 1. Inscr. 5.

P. NUMERIUS. MARTIALIS
ASTIGITAN. SEVIRALIS. SIGNUM
PANTHEI. TESTAMENTO. FIERI
PONIQUE. EX. ARGENTI. LIBRIS
C. SINE. ULLA. DEDUCTIONE
JUSIT

Unde apparet, cum a Paulo d. l. 17. §. ult. legata
dicuntur ponendæ statuæ, non utique legata esse
certa corpora; sed pecuniam ex qua statuæ ab he-
rede emendæ ponendæque sint. atque ita accepe-
rim quoque sequentem Lapidem, apud Gruterum
pag. 111. Inscr. 3.

GENIO. COL. I. V. T. TARRAC

L. MINICIUS. APRONANUS
II. VIR. QQ. TESTAMENTO
EX. ARG. LIB. XV.
PONI. JUSSIT

Et pag. 67.

T. VIBIUS
ZOTICUS. VI.
VIR. AUGUSTAL
LIBERUM. PATREM
CUM. REDIMICULO
AURIF. ET. THYRSO
ET. CANTHARO. ARG. P. II. *o*
TESTAM. PONI. JUSSIT

Item Pomponium l. 7. D. de annuis legatis: cum sic
loquitur, *Ad auctoritatem scribentis hoc quoque per-
tinet, cum quis iussit in municipio imagines poni.* Idque
certius, opinor, fuerit ex conjunctione Ulpiani l. 5.
D. de operibus publicis: cuius hæc verba sunt, *Si
legatum vel fideicommissum fuerit ad opus relictum;
usura, quæ & quando incipiant deberi, rescripto Divi
Pii ita continetur: Si quidem dies non sit ab his, qui
statuas vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a
Præfide provincie tempus statuendum est: & nisi posue-
rint heredes, usuras leviores intra sex menses; si mi-
nus, semisses usuras reipublica pendant. Si vero dies*

*datus est, pecuniam deponant intra diem; si aut non in-
venire se statuas dixerint, aut loco controversiam fece-
rint, semisses protinus pendant.* Possunt igitur usu-
ræ ex quantitativis deberi; sed ex corporibus non
possunt.

Quid ni, patiente vetere, & propria, verbi signifi-
catione? Sed quæ pro usu corporum dantur, iis lo-
catis, vel cum mora in eorum præstatione aut re-
stitutione commissa est, non usuræ, nec fœnus, sed
mercedes, vel pensiones, vel redditus, vel fructus, vel
quasi fructus, appellantur l. 27. §. 1. & l. 29. D. de
hereditatis petitione, l. 7. §. 1. D. de usufructu, l. 13.
C. cod. tit. l. 19. f. pr. l. 34. & 36. D. de usuris, &
apud P. Diaconum, *De Notis literarum*, literæ,
AED. IN. M. exponuntur, *ades inscripsit mercede.*
Nec tamen negem, usuras ac fœnus, si rem spectes,
esse pecuniæ redditus. sic enim vocantur a Scævola
l. 30. D. de adimendis legatis, & Africano l. 24. D.
de præscriptis verbis, & in sequente Marmore, apud
Gruterum pag. 460. Inscr. 3. HIC. COLL. FABR.
M. R. H-S. xxx. N. V. DEDIT. EX. QUO-
RUM. REDITU. QUODANNIS. DECURI-
ONIB. COLL. FABR. item, apud Carolum Cæ-
sarem Malvasiam, *Marmoribus Felsinois sect. 3. c. 6.*
pag. 111. IN HUIUS. BALINEI. LAVATION.
H-S. CCCC. NOMIN. C. AVIASI. T. F.
SENECÆ. F. SUI. T. AVIASIUS. SERVAN-
DUS. PATER. TESTAMENT. LEGAVIT.
UT. EX. REDITU. EJUS. SUMM. IN. PER-
PETUUM. VIRI. ET. IMPUBERES. UTRI-
USQUE. SEXSUS. GRATIS. LAVENTUR.
Video, usuras etiam mercedes dici ab Horatio, lib.
1. *Serm. sat. 2. vers. 14* & *sat. 3. & a Persio sat. 6.*
vers. 67. addo, Pomponio, *Pistoribus*, apud No-
nium in verbo, *Occupatus*: verba Pomponii, *Quæ
tuleram mecum missa decem victoriarum Græca mer-
cede illico curavi, ut occuparem.* Sed quid mirum est,
re eadem aliis nominibus, & alio jure, censeris?
considerantibus, jus, quo utimur, non esse cito na-
tum, fungi more: sed primum fuisse arctis finibus
inclusum, dein per diversa tempora, provocante
utilitate, non dicam Legibus, sed sæpe Fori dis-
putatione, sæpe Edictis, sæpe Senatûconsultis, sæpe
Principum Constitutionibus, aut delusum, aut
ampliatum, fuisse: & iisdem rebus diversa, diver-
sisque eadem, nomina & jura imposuisse: adeo
verum esse apud nostros, quod de Stoicis Seneca
lib. 2. *De benefic. c. 35.* insit; *A consuetudine qua-
dam, quæ dicimus, abhorrent: deinde alia via ad
consuetudinem redeunt.* Et *De constantia sapientis.*
*c. 3. ita sublato alte supercilio, in eadem, quæ ceteris
descenditis, mutatis rerum nominibus.* Sic Prætor e-
mancipato filio, quum a patre præteritus est, non
hereditatem dat; quippe, cum non possit heredem
id est, dominum, facere eum, qui jure civili non sit
dominus: sed dat ei bonorum possessionem: id est,
mutato nomine, ei idem dat, quod habiturus esset, si
jure civili heres esset §. 2. *Inst. de bonor. possessionibus.*

Simile in fœnore fuit: videtur hoc (quod Ta-
citus & Appianus testantur, locis infra allegandis
lib. 2. c. 4.) improbatum fuisse vetustis reipubli-
cæ temporibus; & quamquam deinde usu recep-
tum, etiam lege Duodecim Tabularum confir-
matum, tamen lege Genucia rursus prohibitum,
esse: quod tum neque luxui, neque mercaturæ,
valde studeret populus; sed fere agriculturam &
arma honesta haberet; denique, plebs fœnore
premi magis, quam juvari, crederetur. ea gratia
qui civilia negotia definierunt, non fecerunt fœ-
noris aut usuræ certum ac proprium contractum,
ut

ut mutui, commodati, locationis & conductionis: sed neque fœnus locationi & conductioni annumerantur: quippe quam intra usum corporum coërcuerunt; nec ad quantitates porrexerunt, nondum animadversa utilitate locatæ & conductæ pecuniæ, ac quamquam post non displiceret usus fœnoris, inducti, ut videtur, intellecto venalis temporis commodo, non potuit tamen locatione aut ejus regulis censerī, resistente contractus substantia, jure civili jam recepta, & privatis pactio- nibus non mutanda. ita factum fuit, ut corporum mercedes, vel pensiones, vel redditus, locatione percipi dicerentur; quantitatum vero incrementa sub appellatione fœnoris, mox etiam usuræ, aut pœnæ, stipulatione deberi. tandem quoque obtinuit, ut usuræ in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberentur. quod sub libera republica non fuisse, sicut suo ostendam loco; sic interim observandum, quia a nullo, quantum memini, animadversum est; etsi ad hujus juris cum initia, tum incrementa, pernoscentia magni momenti sit.

Est igitur fœnus, sive usura, incrementum pecuniæ, vel fructuum, quod creditor a debitore exigit pro usu sortis. Sed utrum in eodem genere quod creditum est, an etiam alio? & verius est, si non specialiter sit conventum, ut in alio præstetur genere, in eodem deberi, quod creditum est: denique, positis in fœnore nummis, nummariam esse usuram; frugibus autem creditis, usurarum additamentum ejusdem admitti materiæ l. 23. C. de usuris. Hoc, si non specialiter aliud pactum conventum sit. quid si id sit? jam placet, usuras etiam alia in re, quam quæ credita sit, deberi. nec longe petam auctoritatem: dabit eam Augustinus, Concione 3. in part. 3. Psalmi 36. tom. 8. pag. 123. verba Augustini. Si fœneraveris homini, id est, mutuam pecuniam tuam dederis, a quo aliquid plus quam dedisti expectes accipere; non pecuniam solam, sed aliquid plus quam dedisti, sive illud triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quidlibet aliud, si plus quam dedisti, expectas accipere, fœnerator es. Idem ostendit thema l. 16. C. eod. tit. in qua proponitur pecunia fœnori accepta, ut certa tritici modiatio præstaretur; nec quid in eo reprehenditur, præter modum.

Accedit, quod Marcianus l. 11. §. 1. D. de pignori- bus & hypothecis ait, Si à uxore pro credito facta sit, & in fundum aut in ades aliquis inducatur: eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur: cum in usuras fructus percipiat; aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. Et exemplum habet Imp. Philippus l. 17. C. de usuris, his verbis. Si ea lege possessionem mater tua apud credito- rem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt. Alexander quoque l. 14 C. eod. tit. verba Alexandri. Si a pactioe uxor tua mutuam pe- cuniam dedit, ut vice usurarum (domum) inha- bitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri questionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usu- rarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Po- test igitur usura ex pacto convento in alio genere, quam quod creditum sit, constitui.

Postremo vult usuræ definitio, quod creditor eam a debitore exigit pro usu sortis, atque hoc vi- dentur Varro & Isidorus voluisse, locis supra alle- gatis; cum ajunt, usuram ab usu sortis, sive æris crediti, nuncupatam. Papinianus quoque scribit, usuras percipi propter usum medii temporis l. 58. §. 6. D. Ad SCtum Trebellianum, sed & Ambrosius, De Topia cap. 5. agens de fœneratorum pecunia, ait, Usus requirit, ut acquirat usuram. idque adeo ve- rum est, ut Florentinus scribat l. 57. D. de pactis, Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pa- ctus videtur, ne intra id tempus sortem petat. idque Ulpianus probat l. 2. §. 6. D. de doli mali & metus exceptione. apud Paulum quoque l. 16. §. 1. D. de usuris exstat, Cum usura pretii fundi ab eo qui à fi- sco emerat, peterentur, & emptor negaret traditam sibi possessionem, Imperator decrevit, iniquum esse, usu- ras ab eo exigi, qui fructus non percepisset. Recte; postulat enim æquitas, ut generaliter cui pecunia debetur ob rem quam eum vicissim præstare oporteat, ei usuræ non debeantur; ne ex stipulatu qui- dem: nisi ipse præstiterit id ad quod tenebatur: ut apparet ex l. 42. §. 2. D. Solutio matrimonio. l. 69. §. 3. D. de jure dotium.

CAPUT III.

Usuram si ad moram coërcendam referatur, pœnam dici: si ad damni reparationem spectet, id quod interest videri: si ad lucrum respiciat, magis usuram, & vetustiore nomine fœnus, appellari. Salmasium a veteribus Grammaticis de origine & proprietate fœnoris sine causa dis- sentire. fœnus recte pro sorte, sed proprie pro usuris, accipi. Nonius ex- positus, salva vetere lectione, adversus Salmasium. quomodo usura a fœnore distinguatur, postquam in bonæ fidei judiciis cœpit ex mora deberi officio Judicis. cur in Pandectis & Codice inscribatur Titulus De nautico fœnore potius, quam De nauticis usuris?

Verum ut adhuc clarius pleniusque intelligen- tur & vis & usus vocabuli, observandum præterea, quod usura vel ex mora debetur, vel ex die interpositæ conventionis l. 40. D. de re- bus creditis: & si ex mora debetur; tum si ad debi-

torem respicias, fere ad coërcendam ejus frustra- tionem pertinet l. 3. §. 4. D. de usuris, & ideo pœna appellatur d. l. 40 l. 90. D. de verborum obligatio- nibus, sin ad creditorem spectes: saltem agit, ut ei re- paret damnum quod ex mora debitoris patitur. quo casu

casu magis id quod creditoris interest, quam usuram videri, Labeo, & ex eo Pomponius, refert l. 60. D. pro socio. sed & Paulus l. 17. §. 3. D. de usuris, agens de usuris in legatis & fideicommissis ex mora præstandis, exemplo actionum bonæ fidei, ait, usuras non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium, infligi. Nec cuiquam insolens videri debet, usuram ex mora debitam, ex una parte id quod interest, ab altera pœnam, dici. nam & utilitatis æstimatio quæ à iudice ex mora promissoris fit in actione de eo quod certo loco, Ulpiano l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco id quod interest, Paulo l. ult. D. eod. tit. pœna, appellatur. Potest usura etiam statim deberi ex die interpositæ stipulationis. meminit Basilii, Homil. in Psalm. 14. pag. 139. tom. 1, verba Basilii. *Semina omnia suo tempore nascuntur, animalia quoque tempore præstito suos edunt fœtus. Fœnus vero hodie nascitur, hodie parere incipit.* Idem Paulus observat in fine d. l. 40. D. de rebus creditis, maxime si in stipulatione hoc expressum sit, quod Græci animadverterunt Basilic. lib. 23. tit. 1. tom. 3. pag. 309. & seq. schol. ad d. l. 40. eo vero casu ad lucrum spectat res, & in specie usura vocatur, auctore Pomponio d. l. 60. ac vetulsiore magisque proprio vocabulo, *fœnus*: ut supra monui, hoc sensu Ambrosius, De Tobia c. 12. *Pecunia fœnebris a die conventionis crescentibus serpit usuris.* Seneca lib. 4. De beneficiis c. 3. *Istud non est beneficium, sed fœnus, circumspicere, non ubi optime ponas, sed ubi questuosissime habeas, unde facillime tollas.* Suetonius, Octavio c. 39. *Notavitque aliquot, quod pecunias levioribus usuris mutuati, graviore fœnore collocassent.* Donatus, ad Terentium Adelph. 2. 2. *Fœneratum, est cum lucro redditum & multiplicatum.*

Recte, nam fœnus a fetu dicitur, & quasi a fetura. Festus, verbo, *fœnus*, *Fœnus* appellatur naturalis terra fetus ob quam causam & nummorum fetus fœnus est vocatum, & de ea re leges fœnebres. fœnus & fenerator, & lex de credita pecunia fœnebris a fetu dicta, quod crediti nummi alios pariant, ut apud Græcos eadem res & dicitur. *fœnum* quoque pratorum ab hac causa est appellatum, quando id ipsum manens quotannis novum parit, unde etiam festuca vocata est. Idem fere A. Gellius, lib. 16. Noct. Attic. c. 12. verba Gellii. *Fenerator enim, uti M. Varro in libro tertio de sermone Latino scripsit, a fœnore est nominatus. fœnus autem dictum a fetu & quasi a fetura quadam pecunia parientis atque incrementis idcirco & M. Catonem & ceteros ætatis ejus feneratorum sine a litera pronuntiasse ait, sicuti fetus ipse & fecunditas appellata.* Nonius quoque c. 1. pag. 513. *Fœnus* (inquit) ab eo dictum est, quod pecuniam pariat incrementi tempore, quasi fetus aut fetura. Nam & Græcis & dicitur & τὸ τέκνον, quod est parere. Varro lib. 3. de Latino serm. *Fœnus autem dictum est a fetu & quasi fetura quadam pecunia.* Nam & Catonem & ceteros antiquiores sine o litera fœnus pronuntiasse contendit, ut fetus & fecunditas. Sic Veteres sentiunt.

At Salmasius, De usuris c. 2. sedet, fœnus non sortis partum significare; sed sortem quæ parit: deduci enim a τὸν, sive τὸν, quæ sit merces vel pretium, vel pœna: & idcirco sic proprie appellari pecuniam creditam ea conditione, ut pro ejus usu solveretur aliquid mercedis nomine: etiam pecuniam aliquando ita mutuum dari; ut si intra præstitutum tempus non esset reddita, pro moræ pœna incrementum penderetur. Vult igitur Salmasius, fœnus non usuram, sed sortem, indigitare; ac dici, quasi *fœnos*, unde factum *fœnor fœnoris*, &

ET USURIS LIB. I.

postremo *fœnus fœnoris*. Sed non placet Salmasii sententia. nam ut ei detur, fœnus dici a τὸν, tamen quid est, cur fœnus magis sortem notet, quam usuram quæ est merces pro usu pecuniæ, id est, τὸν. sed nec causam habet Salmasius, cur a Veteribus de verbi origine dissentiat. probabiliter illi *fœnus* a fetu deduxere, vel, quod Vossius suspicatur in Etimologico, ab antiquo & obsoleto verbo *fœo*: unde & fetus sit, & fecundus, & fœnum, & fœmen, & fœmina. pariter ut a *φῶ* est *φῶ* quod postea factum sit *for*, *fari*: unde, simili productione, sit *fatum*, & *facundus*, & *fanum*. facitque illi conjecturæ, quod Cato & ceteri antiquiores scriptores illa, *fœtus*, *fœnus*, *fecunditas*, non, ut posteriores, per diphtongum, sed simplici litera *e* scripserunt: ut ex Gellio & Nonio supra dictum. unde consequens est, ut, si verbi origo, & proprietas, quaeratur, fœnus non sit pecunia pariens; sed partus ex pecunia natus; et si obtinuerit sermonis usu, ut etiam pro pecunia fœnebris acciperetur.

Utrumque indicat Nonius his verbis. *Mutuum a fœnore hoc distat: quod mutuum sine usuris sumitur, & est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Græce & τὸν quasi partus mutui sumpti.* Plant. Aſinar. Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii fœnore sumere decet. Sic Nonius. sed corrupte; ut vult Salmasius, De usuris c. 2. pag. 29. sic scribens.

Et recte Nonius cujus verba jam supra retulimus, mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris, fœnus cum usuris sumitur. Si fœnus sumitur cum usuris, ab usura differt. Quis enim dicat, usuram cum usura sumi? Quæ subjicit, non videntur convenire. Et est accepti fœtus. unde & fœtus dictum, ut Græce & τὸν quasi partus mutui sumpti. Sed ita intelligendum, ut de usuris hoc dixerit, quæ sunt accepti fœnoris fœtus, unde fœnus dictum est. Et sic omnino scribendum: fœnus cum usuris sumitur, & sunt accepti fœtus, unde fœnus. Et fœnus cum usuris sumitur, & usura illa sunt accepti fœnoris fœtus, unde & fœnus appellatum. idem tamen sensus ex vulgata exoritur, si referatur τὸν τὸν ὁνταὶ ὁνταὶ, quasi præcesserit usura.

Sic Salmasius; & hinc concludit, fœnus esse quod pecuniam parit, id est, usuras. Sed errat Salmasius, duo enim significat Nonius: primum, mutuum esse pecuniam, sive sortem, ab amico sine usuris creditam; fœnus vero esse pecuniam, sive sortem, a qualicumque alio creditam sub usuris: & utrumque probat testimonio Plauti: cui adde sis Modestinum l. 33. D. de rebus creditis. nam is eodem sensu ait, *Principalibus constitutionibus cavere, Ne hi qui provinciam regunt, negotientur, mutuumve pecuniam dent, fœnusve exercent.* Etiam Imppp. Arcad. Honor. & Theod. l. 6. Cod. Theod. de denunt. vel edit. resc. lib. 2. tit. 4. verba sunt, *Si quis debiti vel quod ex fœnore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatus est.* Sc. deinde vel Nonius, fœnus non modo pro sorte ipsa accipi, sed etiam pro usuris, ex sorte promissis. id enim indigitant hæc, *Et est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Græce & τὸν, quasi partus mutui sumpti.* Conjeci aliquando, *Est & accepti fœtus.* sed nulla opus emendatione, neque Salmasii, neque mea. sensus enim, non esse mirum, fœnus cum usuris sumi; cum proprie sit fœtus accepti, hoc est ejus quod acceptum est; ab eoque fetu fœnus dicitur.

catur. atque ira est, ut Nonius dicit, fœnus recte sumitur, pro ipsa sorte usuraria. idque multis probat Salmasius. cui addo Ambrosium, *De Tobia* c. 12. verba ejus. *Quanta sibi fecerunt vocabula? Nummus datur & fœnus appellatur: sors dicitur, caput vocatur.* & alibi sæpe. dicitur & fœnus pro usuris ex sorte debitis; ut Nonius ait. quod et si neget Salmasius; tamen apparet ex ante dictis; præterea ex l. 1. *Cod. Theod. de usuris rei judicata*. l. 24. *D. de usu & usufructu legato*. l. 42. §. 2. *D. Solutio matrimonio*. l. 58. §. 2. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum*. nec tantum apud nostros; sed apud Plautum quoque, *Moscellar.* 3. 1. *Pseudolo* 1. 3. Cornelium Nepotem, *vita Attici* c. 9. §. 3. alios: ut pridem animadvertit Desiderius Heraldus, *Animadvers. in Salmas. obs. ad jus Attic.* c. 24. & præsertim Vir Inclytus & Doctus, Johannes Fredericus Gronovius, *Mantissa pecunie veteris* c. 1.

Dixi quæ in foro Romano propria & vera sit usuræ ac fœnoris significatio. porro addam, quod ea obtinuit, donec ibi usuræ in bonæ fidei judiciis

cœperunt ex mora deberi officio Judicis. inde enim placuit, fœnus dici, quoties ex conventionione debetur; usuram vero, si ex ea, si ex officio judicis, præstetur l. 1. §. 3. *D. de pignoribus*. l. 24. *D. de præscriptis verbis*. l. 8. *D. de eo quod certo loco*. l. 24. *D. & l. 4. C. Depositi vel contra*. fœnus autem, si ex mora officio Judicis debeatur, numquam dici.

Atque illa, opinor, ratio est, cur Titulus in Codice & in Pandectis sit, *De nautico fœnore* magis, quam *De nauticis usuris*. nam usuræ nauticæ, seu maritimæ, (sic appellantur, l. 6. & 7. *D. de nautico fœnore*) numquam officio Judicis debentur; sed semper ex conventionione. Hæc mea ratio. alia utitur Salmasius, *De usuris* c. 2. pag. 24. quam verissimam vocat. ea ratio est, quod in communi mutuo usuræ currunt successive; & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ipsa sorte: cum in trajectitia pecunia fiat conventio de sorte simul cum usuris

solvenda in exitu
navigationis.

C A P U T IV.

In usuræ aut fœnoris usu qui quidem verus sit, nihil esse quod a viro bono & sapiente improbetur. Contraria Catonis, Aristotelis, Senecæ, Lactantii, Ambrosii, Augustini, Chrysostomi, & Auctorum, interpretumque juris Canonici, sententia.

Sed quaecumque sit usuræ genus, receptum est Civili jure. An recte? cenfeo. nam si spectes usum verum, quid est quod a sapiente castigetur homine? fere enim agit, ut inæqualitas quam parit alienæ perceptio utilitatis, sortis incremento emendetur. quod cum dominiorum distinctioni quam humanæ ratio societatis pro communi utilitate invenit, æque consequens sit, atque emere, vendere, locare, conducere, permutare, verissime Marcianus l. 15. *D. de interdictis & relegatis*, juri Gentium æque fœnus, atque emptionem, venditionem, locationem, conductionem, & rerum permutationem, annumerat. Ac mirari quis possit hanc M. Catonis sententiam, *De rerum rustica*. Est interdum præstare mercaturis rem querere, nitam periculosum fiet, & item fœnerari, sitam honestum. Majores enim nostri sic habuerunt, & ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli. Quanto pejorem civem existimaverint fœneratorem, quam furem, hinc licet existimare. Nisi appareret, eum loqui de fœnore quod contra leges exigeretur. pœna enim quadrupli cujus mentionem facit, non in omnibus obtinuit fœneratoribus, sed in his qui pecunias sub gravioribus usuris, quam pro consuetudine, fœnerabantur. ut infra ostendetur ex Asconio Pediano, in *Divin.* p. 27. Tamen & Aristoteles usuras damnat lib. 1. *De republica* c. x. p. 409 tom. 3. sic differens. Illa autem quæ in permutatione nummi consistit, merito vituperetur (non enim naturæ consentanea est, sed in ea alter ab altero lucrum aucupatur) optima ratione omnibus in odio est ratio fœneratrix, quod ab ipso nummo quaestus fiat, & non ad quam rem paratus est, usurpent. Permutationis enim gratia natus est. Fœnus autem eum auget & multiplicat. Unde etiam nomen hoc invenit. Similia enim sunt ea quæ pariuntur iis quæ gignunt & procreant. In fœnore autem pecunia pecunia partus ac fœtus est. Quapropter maxime omni-

um quarenda pecunia rationum abhorret hac a natura. Etiam Seneca in usuras invehitur lib. 7. *De beneficiis* c. 10. his verbis, *Video istic diplomata, & syngraphas, & cautiones, vacua habendi simulachra, umbras quasdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem.* Quid enim ista sunt? quid fœnus, & Kalendarium, & usura, nisi humane cupiditatis extra naturam quaesita nomina? Possum de rerum natura queri, quod aurum argentumque non interius absconderit, quod non illis majus, quam quod detrahi posset, pondus injecerit. Quid sunt ista tabule, quid computationes, & venale tempus, & sanguinolenta centesima? voluntaria mala ex constitutione nostra pendentia, in quibus nihil est, quod subjici oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritiæ somnia. Mitto Christianos scriptores. ex quibus Lactantius lib. 6. *Divin. Inst.* c. 18. virum justum ita definit, Pecunia, si quam crediderit, non accipiet usuram: ut & beneficium sit incolume quod succurrat necessitati, & abstineat se prorsus alieno. in hoc enim genere officii debet suo esse contentus, quem oporteat alias ne proprio quidem parcere, ut bonum faciat. plus autem accipere, quam dederit, injustum est. Quod qui facit, insidiatur quodammodo, ut ex alterius necessitate pradetur. at justus nunquam prætermittet, quo minus aliquid misericorditer faciat, nec inquitinabit se hujusmodi quaestui: sed efficiet, ut sine ulla damno id ipsum quod commodat, inter bona opera numeretur. Acque severe, quamquam brevius, Ambrosius, *De bono mortis* c. 12. qui locus apud Gratianum c. 14. q. 4. cap. 10. hæc exstat forma, Si quis usuram acceperit, rapinam facit, vita non vivit. Sicilli, usuram prædæ, ac rapinæ, comparantes. Qui possunt? quippe cum usura a volente solvatur ex pacto convento. Sed contra Ambrosius, *De Tobia* c. 3. verba Ambrosii. Talia sunt vestra, divites! beneficia. Minus datis, & plus exigi-

exigitis. Talis humanitas, ut spoliatis etiam dum sub-
venitis. Fecundus vobis etiam pauper est ad questum.
Usurarius est egenus, cogentibus vobis, habet quod red-
dat: quod impendat, non habet. Ait, quod impendat,
id est, pro usuris solvat. Impendium enim usura. vid.
Varron. lib. 4. De lingua Latina, & Cujac. lib. 10.
Obs. c. 36. Sic Ambrosius. Nec aliter, Chrysosto-
mus in cap. Matthæi 17. Homil. 56. Noli mihi dice-
re, quaso, quia gaudet & gratiam habet, quod sibi fœnore
pecuniam collocet: id enim crudelitate tua coactus fe-
cit. Nam & Abraham cum uxorem barbaris trade-
ret, ipse modum invenit, quo facilius uxor susciperetur.
Non libenter autem, sed timore Pharaonis impulsus. sic
& pauper, postquam ea re tu dignum non putas, cogitur
crudelitati gratias agere. Tu autem mihi videris, si a
periculis hominem vindicares, mercedem ab eo flagita-
re, quoniam liberaisti. Impia igitur & abominanda
usura; quia creditor plus quam debitori dedit, ab
eo accipit, non tam volente, quam necessitate co-
cto, pro officio quod ei sponte præstare debebat, ju-
bente non modo humanitate, sed & ratione mutui
quod natura gratuitum sit. atque hoc si est; videtur
usura esse ars nequitiae, sicut latrocinium, effractio,
lenocinium, incantatio. Auctor Augustinus in Psal-
mum 128. edit. Paris. tom. 3. pag. 615. Verba Au-
gustini. Audent etiam fœneratores dicere: Non habeo
aliud unde vivam. Hoc mihi & latro diceret, depre-
hensus in fauce: hoc & effractor diceret, deprehensus
circa parietem alienum: hoc mihi & leno diceret, emens
puellas ad prostitutionem: hoc & maleficus, incantans
mala, & vendens malitiam suam. Quidquid tale pro-
hibere conaremur, responderent omnes, quia non habe-
rent, unde viverent, quia inde se pascere: quasi non
hoc ipsum in illis maxime puniendum est, quia artem
nequitiae delegerunt, unde vitam transigant, & inde se vo-
lunt pascere, unde offendant eum a quo omnes pascuntur.
Sic Augustinus. adde, auctor incertus, siue is sit
Chrysostomus, siue alius, in Matthæum cap. 21.
Homil. 38. tom. 1. oper. Chrysostomi pag. 907.
Qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram &
immutatam dando lucretur, ille est mercator, qui de
templo Dei ejicitur. unde super omnes mercatores plus
maledictus est usurarius. Si enim qui rem comparatam
vendit, mercator est, & maledictus: quanto magis ma-
ledictus erit, qui non comparatam pecuniam, sed a Deo
donatam sibi, dat ad usuram? Secundo, quia mercator
dat rem, ut jam illam non repetat: iste autem postquam
fœneraverit, & sua iterum repetit, & aliena tollit cum
suis. Nec tantum privati homines ab usuris abhor-
ruere; sed Nicæna quoque Synodus: quamquam
non in omnibus eas improbat; sed in Clericis. nam
de his loquitur c. quoniam caus. 14. quest. 4. Verba
Canonis, si quis recensere velit, apposui. ea verba
sunt, Quoniam multi clerici, avaritia causa turpia lu-
cra sectantes, obliti sunt divini præcepti, quo dictum est:
(Qui pecuniam suam non dedit ad usuram) fœneran-
tes, centesimas exigunt; statuit hoc sanctum concilium,
ut si quis inventus fuerit, post hanc definitionem usuras
accipere, vel ex quolibet tali negotio turpia lucra secta-
ri, vel etiam species ad fœscuplum dare, omnis qui tale
aliquid conatus fuerit ad questum, deiciatur a clero, &
alienus ab Ecclesiastico habeatur gradu. Constitutio
Synodi non generaliter & in rem loquitur: sed spe-
cialiter de Clericis: atque his ubi numeratæ qui-
dem pecuniæ centesimas, frugum vero fœscuplas,
prohibet; usuras vetare, existimanda est. nam hunc
modum usuris utroque in genere (in utroque au-

tem fere usuras præstari, supra dixi) tantum quod
definierat Imp. Constantinus l. 1. Cod. Theod. de u-
suris: quæ est ejusdem anni, qui ejus Synodi fuit.
quod bene observavit Vir Doctissimus, Jacobus
Gothofredus. Longius perrexit Imp. Basilii, au-
ctore ejus filio, Leone Philolopho, Novella ejus 83.
exstatque Constitutio apud Harmenopolium, Prom-
ptuar. lib. 3. tit. 7. quamquam is filio adscribit, ver-
ba hæc sunt, Etsi majorum nostrorum plerisque visum
est tolerandam esse usurarum solutionem, forte propter
creditorum molestias, & incommoda, nos tamen ut no-
stra Christiana republica plane indignam, aver sandam
& execrandam censuimus, tanquam jure divino inter-
dictam. ideoque nostra vetat serenitas, ne cuiquam om-
nino in ullo negotio liceat usuras accipere, ut ne dum ju-
ri servando studiosius addicti sumus, legem Dei viole-
mus: sed & si quis vel tantillum ceperit, sorti imputa-
tor. Posterioribus quoque Pontificibus placuit, u-
suras omnibus prohibere, quasi detestabiles jure u-
triusque fœderis, & veteris & novi tot. tit. X. de usu-
ris. addiderunt & pœnas, easque gravissimas, si
quis contra fecisse diceretur. voluit enim in conci-
lio Lateranensi Alexander III, ne usurarii manifesti
ad communionem altaris admittantur, nec Chri-
stianam, si in hoc peccato decesserint, sepulturam
accipiant, neve quis eorum oblationes accipiat: fe-
re quomodo Cicero lib. 2. De legibus opinatur, Do-
nis impii ne placare audeant Deos: Platonem audiant,
qui vetat dubitari, quas sit mente futurus Deus. cum vir
nemo bonus ab improbo se donari velit. Sed ut hoc a-
gamus, præterea voluit Alexander, cum, qui a fœ-
neratore oblationes acceperit, vel eum Christianæ
tradiderit sepulturæ, & quæ acceperit, reddere; &
donec ad arbitrium Episcopi sui satisfaciat, ab offi-
cii sui manere executione suspensum c. quia in om-
nibus X. eod. tit. Sed & Gregorius Decimus jussit,
ne quis manifestorum usurariorum testamentis in-
terlit: aut eos ad confessiones admittat, siue ipsos
absolvat; nisi de usuris satisfecerint, vel de satisfac-
tione pro suarum viribus facultatum idoneam
præstent cautionem: testamenta quoque mani-
festorum usurariorum aliter facta non valere, sed esse
irrita ipso jure c. quamquam in Sexto eod. tit. Ad hæc
decrevit Clemens v. de sententia Consilii Vienen-
sis c. unica Clementin. eod. tit. eum, qui pertinaciter
affirmare præsumat, usuras exercere non esse pec-
catum, velut hæreticum puniendum esse. Inde in-
crebuit sententia existimantium, usuras ad pecca-
tum accedere, damnarique jure, cum divino, tum
naturali, nec Summi Pontificis indulgentia probari
posse. in qua sententia, ne alios adferam, est An-
dreas Alciatus lib. 6. Parerg. c. 20. etiam Didacus
Couvarruvias lib. 3. Var. resolut. c. 1. n. 5. & 8. &
addit, hoc frequentissimo omnium consensu anno-
tatum esse in c. super eo. de usuris. idemque esse in
Principe seculari, & in quacumque consuetudi-
ne, utcumque immemoriali. eique sententiæ se-
quoque adscribunt Ludovicus Molina, De justitia
& jure, tom. 2. de contractibus diff. 304. n. 19.
Franciscus Hotmanus, Diss. de fœnore c. 1. & c. 3.
Antonius Faber, De erroribus Pragmaticorum p. 1.
decad. 10. error. 1. n. 1. & nuper vir doctus, qui
Gallico sermone scripsit Les loix civiles dans leur
ordre naturel, livr. 1. titr. 6. pag. 271.

& seqq. tom. 1.

CAPUT V.

Summam esse rationem usurae quae ex mora praestatur, sive ad damni reparationem, sive pro poena. eam usuram, libera republica, sine stipulatione non fuisse debitam, ne in bonae fidei judiciis. mutata republica, Labeonem aliquid tentasse in societate, non directo, sed sub colore ejus quod interest: Deinde Principes usuras ex mora Judicis officio permisisse in omnibus bonae fidei judiciis. verus Pomponii sensus l. 60. D. Pro socio, ab aliis nondum animadversus.

Quam recte, fuerit tanti, paulo diligentius inquisivisse. si enim tam flagitiosa res est sive scelus sive utura, si execratione digna tam dira, quam tot insignes & praeclari homines a tot retro seculis publice privatimque praese rulerunt, & adhuc praese ferunt: profecto abhorre ab ea debet quisquis non dicam modestiam, sed se amat. si licita est Gentium jure, neque Divina constitutione verita; cui rei fuerit, turpem atque improbam habere rem, ad communem usum inventam, & qua hominum commercium, pace & bello, in maximis, minimis, carere non possit, ea hominibus interdiceretur? erit igitur res tanti momenti qua nulla est majoris pleniore digna examine.

Faciám autem initium a bonae fidei judiciis in quibus usuram ex mora praestari officio Judicis, infra ostendam: estque species elegans apud Pomponium l. 69. D. Pro socio, quam interpretari constitui: quia rationem habet sane difficilem, &, quantum scio, nondum expeditam, verba Pomponii sunt ex lib. 13. ad Sabinum. *Socium qui in eo quod ex societate lucri faceret reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque (eum) praestare debere* Labeo ait: *sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse, sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam; quia morte socii dirimatur societas.* Ita fere omnes codices, etiam Florentinus: sed legendum, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea.* quod verissime coniecit Jacobus Cujacius lib. 13. *Observat. c. 15.* nam & post ait Pomponius, *sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit.* Species haec est. contracta inter me & te est societas: tu lucrum ex ea fecisti; in eoque conferendo moram commisisti; aut ea pecunia ipse usus es. ait Labeo, usuras te praestare debere. sive enim in usus tuos convertisti lucrum; voluisti tibi adquirere quod mihi noluisti: sive in reddendo moram adhibuisti, postquam interpellatus es; mihi minus das, quam tibi, etsi utrique idem das; tantum quia mihi tardius, id est, tempore minus, das. neutrum vero patitur natura societatis: quae (ut Livius lib. 8. c. 4. definit) *aquatio juris est.* Papiniano fraternitas dicitur l. 63. D. Pro socio. & optime Quintilianus Declam. 320. ait, *Sacra res est unitas & quadam fraternitas animorum. consortes enim potest facere casus: ceterum quidem, cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt, unum quoddam factum est. quid est justius, quam compositum patrimonium habere conditionem unius societatis? hoc enim est unitas, vides ergo & damna & lucra communia esse debere, & nihil non aequum esse utrique parti.* Igitur si quid lucri ex re communi ad te pervenerit; hoc mihi pro parte reddi, societati, id est, fraternitati,

convenit. quod si facis, bene est: si non facis, sed ea pecunia ipse usus es, etsi non ex persona moram committas, quia non es interpellatus, ipsa tamen res moram habet: & ideo Labeo te ad usuras mihi teneri voluit; sed non quasi ad usuras, sed quod mea intersit: id est, non quasi ad quæstum quem intendam, & quo usura censetur; sed quasi ad restitutionem utilitatis quam ex pecunia mea usu percepisti. atque hoc ei non tantum in societate placuit; sed in omnibus quoque bonae fidei judiciis: volente post dominiorum distinctionem bona fide, ne quis ex alieno lucrum sentiat: extatque exemplum ejus generis certum ac clarum in actione pignoratitia, apud Pomponium l. 6. §. 1. D. de pignoratitia actione. Sed quid, si non sis ea pecunia usus; verum reddendo moram adhibuisti, non ex re, sed ex persona; id est, quia interpellatus opportuno loco, non dedisti? de creditore silet Pomponius in pignoratitia actione d. l. 6. §. 1. sed de te qui mihi socius es, quid dicemus? nihil enim lucri percepisti, neque ea ex causa mihi teneris: sed mihi tarditate tua damnum dedisti: atque, ut Seneca epist. 81. ait, *Sapiens inter se omnia comparabit, majus ei opus, aut minus sit, quamvis idem sit, tempore, loco, causa.* Igitur adhuc solves mihi usuras; sed (quod & hic tentavit Labeo, & ex eo Pomponius refert d. l. 60.) non quasi usuras; sed quod mea intersit, moram te non adhibuisse: etsi in utraque specie usura dicitur; quia volebat Labeo, quod socii intersit, censi modo usurae, suadente utilitate expediendarum rerum, tam difficili probatione ejus quod in pecunia re vera intersit. solves igitur usuram etiam eo in casu: sed non quasi usuram; id est, non quasi lucrum aut quæstum: sed quasi id quod interest; denique non tuum, sed meum. Sic in societate. an in ceteris quoque bonae fidei judiciis? forte dices: sed non recte; si ad Labeonis & Pomponii respicias tempora quibus in societate is color placuit ob jus fraternitatis quod inter socios est; sed non in reliquis bonae fidei judiciis: quamquam in his quoque ex mora receptae sunt usurae, officio judicis praestandae fructuum vice l. 34. D. de usuris; at non disputatione Labeonis, sed Principum Constitutionibus, postea insecutis: ut pluribus ostendam c. vi. libri 111. Interim fuerit argumentum, quod porro ait Pomponius d. l. 60. *Item post mortem socii nullam tamen aestimationem ex facto heredis faciendam: quia morte socii dirimatur societas.* sensus enim est, quod jus moram officio Judicis aestimandi ad modum usurarum ex Labeonis sententia quidem obtinet in actione pro socio; sed non in aliis bonae fidei judiciis. nam ut ipse socius

socio teneatur ad usuras: tamen post mortem socii, si heres in reddendo moram committat, nulla talis æstimatio ex ejus facto facienda est: id est, nulla socio usura ex heredis mora adjudicanda est sub imagine ejus quod interest. quæso, quid ita? quia post socii mortem non est societas: dirimitur enim morte, nec igitur, si quid deinde fiat a socii herede, actio pro socio locum habet; sed communi dividundo: quia, post societatem morte diremptam, adhuc rerum communio mansit; eaque non actione pro socio finitur, sed actione communi dividundo l. 65. §. 13. *D. Pro socio*: quæ etsi æque bonæ fidei sit, atque actio pro socio §. 28. *Inst. de actionibus*: tamen quia non talem æstimationem facit ex facto heredis, qualem actio pro socio ex facto socii: apparet, Labeonem quidem voluisse, ex mora usuras præstari in actione pro socio; sed non in cæteris bonæ fidei judiciis. amplius apparet, quod hæc Pomponii verba, *post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam*, referenda non sunt ad utramque præcedentem speciem; sed tantum ad posteriorem. quod etsi mirum videri possit; tamen res postulat; & sæpe alibi fit.

Exposui unum exemplum judicii bonæ fidei. si placet, addam aliud æque evidens. finge: fundum tibi tradidi ex causa emptionis, nec pretium a te accepi: rationis est, sicut tu fundo frueris, sic me pretio frui. hoc enim contractus æqualitati, id est, juri Gentium, consequens est. proinde, si non solvas mihi pretium, postquam frueris accepto a me fundo, etsi interpellatus a me non sis, neque ex persona moram facias, ipsa tamen res moram habet: quia mihi damnum facis, interversa pretii utilitate; & ideo te ejus usuras præstare, id est, damni æstimationem, non infinitam, sed ad modum usurarum pretii, reficere, non iniquum est l. 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi*. atque hoc Hermogenianus voluit l. ult. *D. de periculo & commodo rei vendite*; cum sic scribit, *Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit; veluti, si negotiator fuit & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quarere potuit. Nec alius vide-*

tur Pauli sensus l. 17. §. 3. *D. de usuris*: qui agens de usuris, in legatis & fideicommissis ex mora præstandis, exemplo actionum bonæ fidei, ait, usuras non propter lucrum petentiam, sed propter moram solventium, infligi.

Tantumdem dixerim de cæteris stricti juris judiciis, interveniente usurarum stipulatione ex mora fac: dedi tibi mutuam pecuniam: hanc stipulatus sum mihi reddi certa die: & si non reddatur, tum quo post solvetur, in singulos menses stipulatus sum certam pœnam. non solvisti mihi sua die: teneris mihi ad pœnam. non enim dedi tibi mutuam pecuniam mei quæstus, sed adjuvandi tui, causa. quam si reddas, etsi nihil addas, defungi potes: quippe frui, ut volui, beneficio meo. si non reddas: peccas, uteris enim mea pecunia, me invito: & quam ego facere potui utilitatem ex re mea, hanc mihi tardiore solutione intervertis. ita, cum ego beneficium dedi tibi, tu mihi injuriam refers pro gratia. igitur pœnam quam mihi stipulanti promissisti, solvere te, non iniquum est. ut enim par fuerit, me tibi beneficium dare, si possim sine incommodo meo: me tamen invitum propter te mea carere pecunia, & interim damno aut incommodo affici, par non fuit. id autem futurum est, si mihi pecuniam qua debuisti die, non restituas. recte igitur mihi ex stipulatu, si te spectes, ad pœnam teneris l. 40. *D. de rebus creditis*: si me, ad damni pretium. Atque hæc etiam ea in specie liquent: quia in ea quoque proprie usura aut fœnus non est: sed pœna & id quod interest: atque ipsum usura dicitur; quia finitur modo usuræ, jure permissæ, nempe, ne mora a debitore commissa, opus sit quæri, an & quanti intersit creditoris, eam factam non esse: simul, ne quid fiat in fraudem legis, creditorum avaritiam coercens l. 44. *D. de usuris*. Ad has usuras respicit Seneca epist. 81. sequentibus verbis, *In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, præter sortem, extra ordinem numerant: beneficiorum autem usum esse gratuitum putant. Et illa crescunt mora: tantoque plus solvendum est, quanto tardius. ingratus est, qui beneficium reddit sine usura. itaque hujus quoque rei habebitur ratio, cum conferentur accepta & expensa.*

CAPUT VI.

Non esse causam, cur damnetur pecuniæ incrementum quod ad lucrum spectat, & proprie usura aut fœnus appellatur. creditorem in fœnore utilitati suæ studere sine debitoris injuria; & hoc ei naturaliter licere. fœnus humanæ conjunctioni non adversari, sed convenire. necessariis ex officio dari quæ non utique dentur quibus nulla tenearis necessitudine. & cur? in pecunia & frugibus credendis duplicem fieri conventionem: unam quæ beneficio proxima sit: alteram quæ utilitatum permutatione constet: neutram a jure Gentium abhorрere. mutuum commodato, fœnus locationi conductioni, comparari.

Sed quid, si fœnus sit? ecce: dedi tibi mutuam pecuniam; hanc mihi reddi stipulatus sum; simul usuras ex die conventionis. an licitæ sunt usuræ Gentium jure? absit, inquires, ut probem lucrum turpe & flagitiosum: debeo enim, si velim justus esse, meo esse contentus; nec a te petere quod tibi non dederim: alioquin insidiabor quodam-

modo, ut ex tua præder necessitate; quem æque ac me curare communi humanitatis jure debeam. Si tamen lucrum ex mea facias pecunia; etiam ab initio te usuras præstare, a ratione cur alienum sit? tam enim me mihi, quam te tibi, natura commendat. atque ut tibi concedit, tuæ studere utilitati, si possis, sine injuria mea: sic nil iniquum arbitratur,

si ego utilitati meæ serviam sine injuria tua l. 1. §. 1. *D. de aqua & aqua pluvia arcenda actione.* id autem futurum est, si mea pecunia sub utrisque utaris: quippe consecutus ea, ut facias lucrum quod sine ea non potuisti facere: ego vero si usuras accipiam pro usu meæ pecuniæ, nihil aliud acceperim, quam quod ad pensandum ejus usum respiciat. non igitur ego, si usuras accipiam, fuero injustus: quia non quod tuum sit, accipio; sed quod meum. accipio enim pretium usus, tibi a me concessi. at tu si voles, mea pecunia ad tuam uti utilitatem, me autem nullum vicissim commodum accipere pro usu, injustus eris: mihi tibi que æquale jus esse non sinens. urgent hoc fœneratores: & recte; etsi Hieronymus reprehendat, in *Ezechielem lib. 6. c. 18.* cum Solent argumentari ac dicere: dedi unum modium qui satus facit decem modios: nonne justum est, ut medium modium de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & semis de meo habeat.

At rationis est, ut quisque alium æque, ac se, & amet & curet, optime. id enim humanæ societati & juri Gentium consequens est. sed non minus te ad curam mei obligat, quam me ad amorem tui: non autem huc pertinet, ut aut tu me utilitate mea eo prætextu spoliēs, aut ego te: sed ut tu mihi, cum possis, æque utilis sis, atque ego tibi sim. quod si me tibi prodesse velis, & tamen hanc vicem neges mihi; te quidem a me, sed non me a te, amari & curari postulas, quod non est viri boni, & humanitatem quam præfert, sectantis: sed mali, & ea specie ad nequitiam, id est, ad rapinam atque avaritiam, abutentis. igitur si indigeas mea pecunia, quia opprimit te, ut sit, temporaria inopia: tenebor quidem ejus usu, si possim, necessitati tuæ succurrere: sed non gratis, si non aliud sit quod me impellat; sed mercede. sicut si opera mea vel domo vel simili indigeas: vult quidem humanæ ratio conjunctionis, ut te juvem: sed non ut hoc gratis faciam; si non aliud sit, quod me moveat; sed mercede, æque enim adjuvo te qui potes mihi hanc vicem præbere; cum te, interveniente mercede, juvo, ac cum gratis: & quamquam humani generis societas desiderat: ut, cum possim, adjuvem te indigentem ope mea: non tamen postulat, ut id gratis faciam: quia vult, utrumque nostrum quod potest, ad commune bonum conferre: me igitur usum fortis meæ; te vero usuram, id est, usum pretium.

Nec tamen ignoro, esse quæ amicis aut affinibus aut necessariis præstentur sine mercede. imo memini, Varronem lib. 4. *De lingua Latina* pag. 29. sic scribere; *Mutuum quod Siculi* *μοῖτον* *ita scribit Sophron.* *μοῖτον ἀντιδουον*, & *Munus*, quod *mutuo animo qui sunt, dant officii causa.* Sed cum de usuris, id est, de lucro ac mercede, disputatur; non officium quæstioni est, sed jus Gentium. at quæ affinibus aut necessariis indulgentur, movente affectu, & patiente fortuna, hæc non jus Gentium imperat; sed officium. nec igitur omnibus præstanda sunt, etiam ignotis, aut quibus nulla tenearis vel sanguinis, vel meritorum, necessitudo.

Nam officium non est omnium quos jus Gentium tenet; sed filii, uxoris, & earum personarum quas necessitudo suscitatur, & ferre opem jubet: auctore Seneca lib. 3. *De beneficiis* cap. 18. Inde apud Festum, *Necessarii sunt, ut Gallus Aelius ait, qui aut cognati, aut adfines sunt, in quos necessaria officia conferuntur præter ceteros.* Sed & Cornelius Fronto scribit, *Necessitudo vel sanguinis, vel meritorum,*

cum præceptoribus, cum amicis. Beneficium latius patet. Senecam audi d. loc. ait, *Beneficium est, quod alienus det: alienus est, qui potuit sine reprehensione cessare.* idque in donis probat Marcianus l. 214. *D. de verborum significatione.* Et bene Concilium Mediomatricis c. *precaria. c. 10 q. 2.* *Cum ratio & usus obtineat, neminem cui non vult, contra utilitatem & rationem cogi de proprio facere beneficium.* Adeo officium muneri comparatur: beneficium voluntatis est. illud certis debetur personis: hoc nulli; etsi omnibus dari possit, nisi reclamatur humanæ conditio tenuitatis: qua sit, ut infinita illa humanitas quæ præsertim pecuniæ præstetur usu, etsi hominibus ineptis sit laudabilis, tamen a rerum peritis magis sperari, quam obtineri, possit: ac si exerceatur, forte illis magni, his stulti, res animi sit; sed non hujusmodi, ut eum qui extraneis mercede præbet pecuniæ usum, ob id damnet, quasi inhumanum. quotus enim quisque est qui id in tanta hominum copia gratis facere velit; ac si velit, possit, salva re familiari? quam sapientem, & suæ memorem mediocritatis, tueri oportet, non modo non improbante, sed impellente, natura; etsi societatis studiosa, tamen sui curæ, saltem non sordidæ, nec immodestæ, non adversa. non enim nos natura, si verum amamus, voluit ideo conjunctionis esse appetentes; ut aliis consulentes, ipsos nos negligereamus; sed ut mutua opum bonorumque permutatione suis quisque commodis plenius meliusque consuleret. & hoc Seneca vult lib. 2. *De beneficiis* c. 15. cum ait. *Cum summa amicitia sit, amicum sibi æquare; utrique simul consulendum est. dabo egenti: sed ut ipse non egeam. succurram perituro: ut ipse non peream.*

Sit igitur ut de aliarum rerum, sic de pecuniæ frugumque, usu duplex conventio: una quæ ad beneficium accedat: altera quæ ab hoc remota sit, & magis utilitatum permutationem sequatur. si illa uti licet, movente officio atque affectu; ista opus non est. sin illa nequeas, uti cessante necessitudine; ad hanc deveniri necesse est. altera alicujus laudem liberalitatis habet: altera reprehensione caret: quia probabilis industriæ est; & quæ cæterorum contractuum exemplo ad communem hominum utilitatem jure Gentium referatur l. 15. *D. de interditi & relegatis.*

Rem claram & certam certiore & clariorem faciet comparatio usus pecuniæ frugumque cum usu ædium aut fundi. sicut enim horum usus aut gratis aut mercede datur; & altero casu commodatum, altero locatio, appellatur §. 2. *Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio:* sic quo minus pecuniæ aut frugum usus gratis aut mercede detur, nihil impedit. nam si gratis datur, mutuum, sin mercede conceditur, fœnus vocatur: neque ob id iniquum est; sed formam mutat, & alius contractus fit, æque justus. utrumque observat Nonius, verbis sequentibus. *Mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris: fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Græce τὸν σ, quasi partus mutui sumpti.* Plaut. *Asinar.* Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessari fœnore sumere decet. Ita eo devenitur, ut mutuum instar commodati, fœnus instar locationis, obtineat. unde & Veteres pecuniam, cum fœnori datur, & accipitur, locari ac conducere dixerunt. Plautum audi, *Mostellar.* 3. 1.

*Scelestiozem ego annum argento fœnori
Nunquam ullum vidi, quam hic mihi annus obti-
git.*

*Amane ad noctem usque in foro dego diem,
Locare argenti nemini nummum queo.*

Horatium quoque, lib. 1. *Sermon. sat. 2. vers. 9.*

Omnia conductis coëmens opsonia nummis.

Inde Pomponius, *Pistoribus*, apud Nonium *in verb. occupatus*, usuram appellat *mercedem*: quo sensu etiam Horatius utitur, *ead. sat. vers. 14.*

Quinas hic capiti mercedes exsecat.

& *sat. 3.*

Odisti & fugis, ut Drusonem debitor aris.

Qui nisi cum tristes misero venere Kalenda,

Mercedem aut nummos unde unde extricat.

Petius quoque, *sat. 6. vers. 67.*

Fœnoris accedat merces, hinc exime sumptus.

Est igitur, ut dixi, fœnus, si jus Gentium, atque adeo rerum simplicitatem spectes, instar locationis: quamquam, si fori Romani usum ac subtilitatem, live, ut Seneca ait, *De benefic. lib. 6. c. 5.*, Jurisconsultorum acutas ineptias, consideres, non est locatio. sed non quia naturalis ratio ei resistit; sed quia hi qui civilia negotia illo in foro terminarunt, locationem intra usum corporum coarctarunt, nondum intellecta utilitate locatæ & conductæ pecuniæ. ea inventa, deinde eundem fuit, non quo rerum simplicitas doceret; sed quo iri pateretur Juris angustia. At sicut fœnus civili Jure non est locatio; sic nec mutuum est. nam ut commodatum mercedem respuit, sic mutuum.

Hæc quò pertinent? ut liqueat, mutuum quidem commodatum, fœnus vero locationem, imitari; atque ut amicis nostris aut necessariis, si velimus, commodare aut mutuari, id est, gratuitum cujuscumque corporis, aut pecuniæ, frugumve, usum concedere omni jure possumus: sic extraneis quibus nulla simus devincti necessitudine, si pecuniæ usum demus sub usuris, nihil esse quod cum ratione culpetur: quia etsi mutuum non sit, resistente ejus natura, tamen fœnus est; sicut, cum ædium usum do, non gratis, sed mercede, non quidem commodatum est, quia repugnat contractus natura; sed locatio conductio §. 2. *Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio*: & cum amici negotium gratis gerendum suscipio ex officio amicitiae, mandatum est: sin interveniente mercede; non quidem mandatum est; (contraria est enim officio merces) sed res in aliam formam negotii transit, & fere locatio ac conductio appellatur §. *ult. Inst. de mandato, l. 1. §. ult. D. Mandati vel contra.* quæ cum omni jure probetur: quid est, cur fœnus aut Civili, aut Gentium, jure improbandum sit? aut cur extraneo cui nulla tenor sanguinis vel meritorum necessitudine, debeam potius gratuitum pecuniæ meæ usum indulgere, quam operæ, quam agri, aut domus, aut cujuscumque alterius corporis, quod non magis neces-

sarium mihi sit,

quam pecu-

nia.

* *

*

C A P U T VII.

Chrysostomum pro distinguenda fœnoris & locationis natura tria adferre argumenta; eaque a Francisco Hotmano gravissima atque eruditissima appellari: sed videri parum idonea.

Nisi si placent rationes quas Chrysostomus, sive quis alius auctor, in *Mattheum*, cap. 21. homil. 38. tom. 1. oper. Chrysostomi, pag. 907. edit. Parisiens. apud C. Morell. ann. 1636. pro fœnoris & locationis differentia adfert his verbis. *Adhuc dicit aliquis: qui agrum locat, ut agrariam recipiat, aut domum, ut pensiones recipiat: num est similis ei qui pecuniam dat ad usuram? Absit. primum quidem, quoniam pecunia non ad aliquem usum disposita est, sicut ager vel domus, sed ad pretium emendi vel vendendi. Secundo, quoniam qui agrum habet, arat eum, & fructum accipit ex eo: similiter & qui domum habet, usum mansionis capit ex ea. ideo qui locat agrum vel domum, usum dare videtur, & pecuniam accipere, & quodammodo quasi commutare videtur lucrum cum lucro: pecuniam autem si repositam in sacculo teneas apud te, nullum usum capis ex eo. Tertio, ager vel domus utendo veterascit: pecunia autem cum fuerit mutuata, nec veterascit. Hæc ille: atque, ut Francisco Hotmano V. Cl. *De fœnore c. 3. tom. 1. oper. pag. 802.* videtur, luculenter ac prope divinitus. sic enim loquitur: ac rationes quas allegat Chrysostomus, gravissimas, atque eruditissimas appellat.*

Sed mihi sedet, tantisper sequestrare ejus auctoritatem præjudicii, atque interim rem considerare: ut decet, cum verum quæritur. primum, quod negat Chrysostomus, pecuniam ad aliquem usum haberi, sed ad pretium emendi vel vendendi; quo pertinet? an nummus, quia inventus est, ut publica ac perpetua ejus æstimatio permutationum difficul-

tatibus quantitatis æqualitate subveniret, idcirco non potuit alium recipere usum? atqui sic Aristoteles quoque censuit *De republica lib. 1. c. 10.* quid, si inepte? quoties enim evenit, ut res inventa ad unum finem, deinde alium admittat, etiam meliorem? non enim ratio invenit pleraque; sed necessitas: nec hæc optima quæsit, sed necessaria; cæterum rudia & parva usus & tempus perfecere. nec erat, cur sequentes repudiarent utilitatem, si quam nova demonstraret occasio, etsi prioribus non animadvertam. illi enim quod sibi utile intellexere, ad vitæ usum adhibuere: non quia non esse oporteret aliud: sed quia non habebant, ipso quoque usuri, si vidissent. eo igitur reperto, stulti sit, quod sibi utile & bonum esse animadvertit, non sequi quamquam duce natura, tantum quia novum & Veteribus invisum. Optime Seneca *epist. 95. Fuit sine dubio, ut dicitis, vetus illa sapientia cum maxime nascens rudis: non minus quam cætera artes quarum in processu subtilitas crevit.* Sed in jure id frequens est. actionem negotiorum gestorum vide: ejus introducenda causa fuit, ut amici absentium qui subita festinatione coacti, peregre profecti essent, nulli ante mandata negotiorum suorum administratione, ad ea sponte suscipienda invitarentur §. 1. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur, l. 1. D. de negotiis gestis.* si qui tamen aliqua necessitate, vel ejus suspicione, ad ea suscipienda urgeri possint, & per hos utiliter gesta sint negotia; magis esse cœpit, ut in ipsorum quoque personis locum acciperet

ret negotiorum gestorum actio : perinde ac si sua sponte ad ea venissent *l. 3. §. 10. l. 19. §. 2. D. de negotiis gestis*. adeo attinet ; quod Varro, *lib. 7. De lingua Latina*, pag. 64. scribit, *Quaecumque usus causa ad vitam sunt assumpta, in his utilitatem querere, non similitudinem*. Item, *Propter utilitatem in his dissimilitudinem potius, quam similitudines sequamur*. Negotiis gestis adde aquæductum : cuius finis fuit agrorum irrigatio, hoc tamen jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel amœnitatis, aqua duci possit *l. 3. §. 1. §. 11. D. de aqua quotidiana & aestiva*. Quid dicam de bonorum possessione contra tabulas ? quam Prætor invenit in gratiam emancipatorum liberorum, si quos præterisset pater. porrecta tamen est ad suos, permittente utilitate *l. 4. C. de liberis præteritis*. Jam vestis inventa fuit, ut regeret ; non ut ornaret ; domus, ut tutelam præberet ; non ut voluptati esset. ait tamen Varro *d. lib. 7. pag. 65. Non solum vestiti esse volumus, ut vitemus frigus, sed etiam, ut videamur vestiti esse honeste : non domum habere, ut simus in tecto & tuto solum, sed etiam ubi voluptas retineri possit*. Atque ut voluptatem mittam : quis dicat, vestem inventam, ut redditum det ? potest tamen locari vestis ; & ex ea merces, quasi fructus percipi *l. 19. D. de usuris. §. 5. Inst. de locatione & conductione*. Sed nec domus inventa est, ut locetur : & tamen, si domo non eget dominus, quid ni locet eam qua carere potest ? Fundi quoque comparati sunt, ut serantur, aut pascantur : non, ut locentur. quid, si dominus eos conferere aut pascere nolit, aut non possit ; an peccabit, si aliis locet, & pensiones pro fructibus accipiat ? hoc vero quotidie fit, nullo improbante. adeo frumenta, poma, fœnum, & similia, ex fundo percepta, naturales fructus appellantur : sed pensiones locatorum fundorum natura quidem non sunt fructus ; sed civili jure pro fructibus habentur *l. 62. D. de rei vindicatione. l. 29. D. de hereditatis petitione*. In pecunia cur aliud dicemus ? esto : non sit inventa ad usum ; sed ut sit pretium rei emptæ & venditæ : an non debet ideo ad usum adhiberi, si quis ejus esse possit ? imo probo, quod Papinianus *d. l. 62.* respondit, usuram non natura pervenire, sed jure percipi. quamquam nec animadverto, cur pecunia non sit ad usum constituta : quam concedimus inventam esse ad æstimationem emendarum ac vendendarum rerum. an non est ad usum comparata qua mihi licet quod mihi utile sit, emere vendere, locare conducere, lucrum denique facere : quam, si ipse nolim negotiari, possim dare socio, qui ea negotietur, & mihi præstet partem lucri. quod si usum habet pecunia, quia continet pretium emendarum rerum : hunc usum si permittam alii, credita pecunia ; quæso, an iniquum est, mihi usuras dari, id est, usus æstimationem reparari ? cum utique lucrum cum lucro commutem ; neque plus accipiam, quam dedi. Sed rescerta : & ipse Aristoteles *lib. 1. De repu-*

blica c. 9. pag. 406. sic inquit, *Uniuscujusque rei que paratur ac possidetur, duplex usus est. uterque autem per se quidem est, verum non similiter per se : sed alter rei accommodatus ac proprius : alter alienus, neque proprius : verbi gratia, calceum induere & calceum permutare. utroque enim modo calceo uti licet. nam etiam qui calceum nummo aut victu permutat cum eo qui eget calceo : utitur ille quidem calceo, qua ratione calcens est : sed non ex usu proprio. non enim permutationis causa factus calcens est. idemque de aliis rebus que parantur, ac possidentur, sentiendum.*

At enim (quod est secundum Chrysostomi argumentum) si pecuniam teneas in sacculo repositam, nullum ex ea usum capis. audio. verum si domum quoque meam neque ipse inhabitem, neque aliis locem ; neque illa præbebit fructum. & si agrum neque ipse colam, neque aliis locem ; inutilis ager erit. neque tamen tam ineptus eris, ut dicas, vel domum, vel agrum, tibi ad fructum non prodesse. sterilis enim tibi non suo, sed tuo, vitio est : exemplo pecuniæ quam otiosam jacere sinas ; cum, si fœnori colloques, industria tua fiat, ut sterilis non sit *l. 3. §. 4. D. de contraria tutela actione, & l. 7. D. de usuris*. imo Ulpianus *l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra* ait, eam exerceri : pro ad quæstum haberi : exemplo navis aut cauponæ quæ exerceri dicuntur ; cum ad redditum habentur *l. 1. §. 2. & §. 5. D. Nautæ cauponæ stabularii*. igitur sicut agri aut domus aut navis, sic pecuniæ, justa locatio est : quia in hac æque, atque illis, lucrum cum lucro, id est, usus cum mercede commutatur *l. 14. C. de usuris*.

Postremum Chrysostomi argumentum est, quod ager, vel domus, utendo veterascit : pecunia autem mutata nec minuitur, nec veterascit. Sed primum quod de agro dicit, veterascere, falsum est : modo, si bene colatur : ut a Columella, *De re rustica, lib. 1. in Prefatione*, pulchre & late demonstratum est. deinde quod de domo addit, etsi non negem ; (nam & ornamenta urbium, & decora marmorum, sentire sensum temporis, ait *l. 16. Cod. Theod. de operibus publicis, lib. 15. tit. 1. & victa senio fatiscere l. 15. Cod. Theod. cod. tit.*) tamen ad rem non pertinet. veterascit enim domus siue habitetur, siue vacua sit : & magis, vacua, quam habitata. res nota : & Ovidius tangit *lib. 1. Amorum Eleg. 8.* hoc versu.

Caneunt turpi tecta relicta sua.

denique, pensionem non pro ædium deterioratione, sed pro usu, præstari, ex Pomponio observat Marcianus *l. 2. D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*. idemque probat locatio agri : quem si bene colatur, neque veterascere, neque deteriorari,

supra dixi.

CAPUT VIII.

Præter Chrysostomi argumenta esse tria alia quibus homines egregii & docti fœnus a locatione separari putant. sed frustra. Pomponius expositus l. 13. §. 1. D. Commodati vel contra, etiam Ulpianus l. 10. §. 8. & §. 3. D. Mandati vel contra, & Paulus l. 67. §. 1. D. Pro socio.

Respondi tribus argumentis quibus Chrysostomus fœnus a locatione & conductione distinguit. Sequuntur alia quæ non habet Chrysostomus. sed quia æque aut magis sunt molesta doctissimis hominibus; curabo, ut neque in his diligentiam meam desiderent qui ad verum contendunt. Primum argumentum est, quod in fœnore dominium transfertur; in locatione retinetur. probat igitur ratio locationem; fœnus improbat: quia in locatione fructus ex re propria, in fœnore ex aliena, percipiuntur. Sed hanc subtilitatem quæ tota Juris Civilis est, non agnoscit Juris Gentium simplicitas. æque enim patitur quantitatem, ac corpus, locari: etsi Jus Civile quantitatis locationem minus ferat: ut supra dixi. id vero si est, etiam patitur Jus Gentium, dominium locatæ quantitatis transferri; eamque non in specie, sed in genere, restitui: quâquam corpore locato, nil necesse putet, dominium tradi; velitque hoc non in genere, sed in specie, restitui: quia altero in casu aliter usus haberi potest, altero non potest. porro, si corporis locator mercedem accipit pro usu, etsi non transferat dominium: quid ni quantitatis locator, tradito dominio, mercedem pro usu ferat? cum utique verum sit, quantitatem locasse, & hujus dominium transtulisse: non in perpetuum, nec ne ipse haberet: sed ad tempus, atque ut accipiens interim haberet usum, quem alioquin in re quæ utendo consumitur, habere non poterat. ita efficitur, ut in fœnore non eo pertineat dominii translatio, ut creditor minus, sed ut æque, mercedem habeat: quando debitori dominium dat usus causa: & jus crediti in eodem repetendi genere vice dominii retinet; denique, fructus non ex alieno, sed ex suo, jure accipit.

Alterum argumentum est: quod locator debet conductori præstare, uti frui licere l. 15. §. 1. D. Locati conducti; ac si casu fiat, ne præstet, non tenetur conductor ad promissæ mercedis solutionem d. l. 15. §. 2. & l. 33. D. eod. tit. sed in fœnore contra est: tenetur enim debitor ad promissæ mercedis præstationem; si habuerit pecuniæ usum, si hunc fortuitus impenderit casus. iniquum igitur fœnus est: cum iniqua non sit locatio conductio. Sed neque hæc objectio, etsi primo ad spectu difficilis videatur, ullius rei est, si ad diligentius examen revocetur. quia corporis locatio non fit ad qualemcumque usum; sed fit ad usum certum: eumque si non habeat conductor, intercedente casu; non est quidem quod locatori, at nec est quod conductori, imputetur. placet igitur, casum non conductori, sed locatori, nocere: siue quia hoc dominio consequens est; siue quia ita tacite conventum videtur. non idem est in fœnore: nam in eo locatur debitori pecunia, non ad certum, sed ad qualemcumque, usum: quia ei sic datur, ut dominium in eum transferatur: nec igitur promittit debitor creditori, pecunia uti hoc aut illo modo: ne consilium quidem creditoris

circa usum desiderat: sed apud se statuit arbitrio suo, qua ratione eum pecunia uti, atque ex ea lucrum facere, oporteat. quod si ei maximum, atque adeo præter spem, obtigerit; non eo majorem usuram, quam quæ conventa sit; vicissim debet hoc non creditori, sed debitori, nocere: siue quia id actum est; siue ex natura dominii: certe quia iniquum fuerit, creditoris periculum esse; & interim de genere negotiandi pecunia, consumendive eam, non eum consulere; sed debitorem suo arbitrio statuere. ea ratione & in negotiorum gestore obtinuit; ut, si fecerit quod non sit solitus facere dominus, ejus periculum non ad dominum, sed ad ipsum, pertineat l. 11. D. de negotiis gestis.

Tertium argumentum est, quod res debet quæstui esse illi cujus periculo est, auctore Pomponio l. 13. §. 1. D. Commodati vel contra, Ulpiano l. 10. §. 8. D. Mandati vel contra, & Paulo l. 67. §. 1. D. Pro socio. est autem credita pecunia non creditoris periculo; ut in locatione, in qua conductor reddit eandem rem quam accepit, modo exstet; & si periit fortuito casu, nihil tenetur reddere: sed pecunia est debitoris periculo. tenetur enim reddere non eandem speciem, sed idem genus; quamquam species quam accepit, perierit fortuito casu l. 11. C. Si certum petatur. debet igitur non creditori esse quæstui, sed debitori. Sed primum fit corporis locatio ad certum usum, & quidem eum qui haberi possit salva ejus substantia: hunc vero egredi non debet conductor, invito locatore. eum igitur si summat ex voluntate locatoris, & res perit casu fortuito; nihil est, quod imputetur conductori qui corporis periculum in se nullum suscepit, eoque ex domini voluntate usus est. perit igitur locatori, id est, domino, ex natura dominii. contra pecuniæ locatio debitori fit ad usum qualemcumque, id est, non utique ad eum qui creditori, sed qui debitori, placeat: non etiam sic fit, ut salva maneat substantia, sed ut usu consumatur: & hoc cum debitori videbitur. igitur si perit, quamquam casu, non perit creditori, qui ejus periculum non recepit, nec de consumenda statuit: sed debitori, id est, domino qui ea suo tempore, & suo arbitrio, utitur. Tamen quæstus (si Pomponio d. l. 13. §. 1. si Ulpiano d. l. 10. §. 8. & Paulo d. l. 67. §. 1. fides) debet ejus esse cujus periculum est. sic est: sed non ubique, sed in speciebus quas tractant. E re erit, singulas vidisse: quia sunt elegantes, neque satis expositæ. primas partes dabo Pomponio: cujus verba d. l. 13. §. 1. Sunt. Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum præstabit, qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, (prius) quam periculo ejus sit. Sic Florentiæ: in aliis libris est, id ipsum præstabit ei qui experiendum dedit. Rectius proponitur Pomponio aliquis jumenta empturus,

turus, hæc experienda accepisse : eaque alii locasse certa mercede. quæritur, cujus lucro merces cedere debeat. ait Pomponius, non debere cedere lucro ejus qui experienda accepit ; sed qui dedit ; & addit rationem ; ea ratio est, *neque enim ante rem quæstui cuique esse oportet (prius) quam periculo ejus sit* : id est, non ante oportet mercedem in emptione venditione quæstui esse cuique, quam perfecta sit emptio & venditio. inde enim est emptoris periculo & commodo. quæso, quid ita ? quia etsi ante tradita sint jumenta, tamen non ad quæstum tradita sunt, quasi jam empti, sed experienda : id est, (ut Ulpianus l. 20. D. de præscriptis verbis ait) ut gratuitum acciperet experimentum, & hoc sumpto, deinde de emptione deliberaret. igitur si expertus jumenta est, & quæstum fecit, eum reddere debet : quia id actum fuit, ut commodatorem haberet ; non ut quæstum faceret. sic, si perfecta non sit emptio venditio ; & adeo res non sit emptoris periculo. nam si perfecta sit ; & res ejus periculo est ; & ejus fructus habet ; & si non solvit rei pretium, ad usuras tenetur l. 13. §. 19. D. actionibus empti & venditi. Recte igitur Pomponius in d. l. 13. §. 1. D. Commodati vel contra dicit, quæstum esse ejus cujus periculum est, volente negotii genere. sed hoc ad alias species quarum alia ratio sit, porrigendum non est. nam si mulier marito dotem dedit, maritus fructus habet ex re dotali : quia is finis dotis datae : & tamen dos non mariti, sed uxoris, periculo est : sufficitque marito, nisi æstimata dos sit, in ea præstare dolum & culpam latam ac levem l. 10. l. 17. D. de jure dotium. l. 23. D. regulis juris. Ita in corporibus in dotem datis. quid, si quantitas sit ? Gajum audi l. 42. D. de jure dotium. sic inquit, *Res in dotem data, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt : quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrabat ; & quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis & qualitatis alias restituat, vel ipse, vel heres ejus.* In negotiis quoque gestis ipse Pomponius cujus est d. l. 13. §. 1. ostendit, utilitatem, quæ est humanæ mensuræ æquitatis, aliquando velle, ut ad alium periculum, ad alium lucrum, pertineat : cum sic scribit l. 11. D. de negotiis gestis. *Si negotia absentis & ignorantis geras : & culpam & dolum præstare debes. Sed Proculus interdum etiam casum præstari debere : veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras ; veluti venales novitios cœmendo, vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequitur ; lucrum vero absentem.* Tantum de Pomponio.

Sequitur Ulpianus d. l. 10. §. 8. D. Mandati vel contra. *Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus ? Et Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret : quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati.* Sejus procuratori mandavit, ut Titio pecuniam suam crederet sine usuris : is eam credidit sub usuris. quæritur, an usuras, si quas percepit, restituere debeat ? ait Ulpianus ex Labeone : & recte. ut enim mandatum ei sit : ut gratuitam pecuniam daret ; tamen si sub usuris credidit, & has accepit ; non ex sua, sed aliena, pecunia accepit ; nec patitur bona fides, distinctis inter homines dominis, eum ex aliena pecunia lucrum facere, invito domino. debet igitur, quantumcumque sensit emolumentum restituere ei ex cujus pecunia accepit : volen-

te non ratione tantum, sed etiam Ulpiano l. 10. §. 3. D. eod. tit. addam Paulo l. 20. D. eod. tit. & Gajo l. 46. §. 4. D. de procuratoribus. maxime, si procurator eam pecuniam non suo periculo fœneraverit. & quid si hoc sit ? non enim desinit esse aliena pecunia ob id quod procurator eam suo periculo exercuit ? igitur debet etiam eo in casu quidquid usurarum nomine acceperit, pecuniæ domino restituere ? non est verbis opus. rem signat Ulpianus d. l. 10. §. 3. ait enim, si procurator meus pecuniam meam fœnori dedit, usurasque consecutus est : debere eum præstare quantumcumque emolumentum sensit : nec referre, *sive ei mandavi, sive non.* id vero quid vult, nisi procuratorem ad usurarum restitutionem teneri ; sive periculum ad eum spectet ; sive non ? quia, si domini pecuniam sine ejus mandatu fœneret, certum est, eam non domini, sed suo, periculo fœnerare l. 62. D. de rei vindicatione. Ulpianus tamen obstat d. l. 10. §. 8. verba Ulpiani, *Quamvis si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati.* Sed non sic eum intelligi oportet, quasi velit, procuratorem statim, ac periculo suo crediderit domini pecuniam, ex ea usuras retinere : sed quasi velit, fœnerata domini pecunia procuratoris periculo, ex Labeonis sententia in usuris cessare mandati actionem ; si dominus jusserit, procuratorem suum certam pecuniam sumere, & fœnerare periculo suo, vel simpliciter, vel ita, ut certas usuras domino penderet dumtaxat : ac si pluris fœnerare potuisset, ipse lucraretur. sic enim aliquando conveniri solitum, idem Ulpianus ostendit l. 6. §. 6. D. eod. tit. nec iniquum fuerit, utilem procuratori esse pecuniam ; cum dominus hoc patitur, atque etiam periculum ad eum pertinere jubet. Sed & Scævola l. 47. §. 4. D. de administratione tutorum, cum Præfectus legionis ita testamento caviisset, *Volo, ut sit in arbitrio tutorum filii mei, si voluerint hujus summa uncias inferre usurarum nomine, ita, ne nummi dispergantur ; & quæsitum esset, si apparuerit pecunia fœnerata a tutoribus, judicio tutelæ, uncias usuras, an vero eas quas stipulati sint, præstare debeant ; respondit, si secundum voluntatem defuncti elegissent usurarum præstationem, neque pupilli nomine in fœnus dedissent, id præstare debere quod testator voluisset.*

Superest, ut Paulum explicemus l. 67. §. 1. D. Pro socio. verba hæc sunt, *Si unus ex sociis qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam fœneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine fœneraverit : nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.* Proponitur communis pecunia ab uno ex pluribus sociis sub usuris credita. quæritur, an usuras ex ea perceptas cum reliquis communicare debeat. distinguit Paulus, utrum fuerint totorum bonorum socii, an non : & priore casu putat, communes usuras esse oportere, sive eam pecuniam suo, sive societatis, nomine fœneraverit : quia vix potest propriam habere pecuniam, contracta totorum bonorum societate : sed neque potest res communes in solidum alienare, non consentientibus cæteris sociis ; auctore Nicæo, *Basilic. lib. 23. tit. 1. tom. 3. pag. 272. & seq. ad l. 16. D. de rebus creditis. lit. L.* Sic, si fuerint totorum bonorum socii, quid, si non fuerint ? ait Paulus, si quidem socius communem pecuniam fœneraverit societatis nomine, debere eum usuras partiri ; si vero suo nomine eam fœneraverit, usuras ipsum retinere oportere : & addit rationem

nem; ea ratio est, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit. id vero hunc sensum habet; quod si non totorum bonorum socius communem pecuniam consentientibus sociis fœneraverit: (aliter enim non potest, quia tantum suæ partis alienationem habet *l. 16. D. de rebus creditis*) tenetur cum sociis communicare perceptas usuras; quia eorum pecunia est; amplius, est eorum consensu & periculo credita. sed si ex communi pecunia partem suam (Paulus *d. l. 16.* dicit, propriam pecuniam) mutuam dederit quam certum est eum creditam fa-

cere posse, etiam dissentibus cæteris: ut idem Paulus ait *d. loc.* magis est, ut eas usuras sibi retinere possit: quia sortis periculum ad eum pertinet. At qui, si communem pecuniam in usus suos convertit, usuras eum præstare oportet *l. 60. D. Pro socio*. Sed jam Græci observerunt, *Basilic. lib. 12. tit. 1. tom. 2. pag. 38. in explicatione d. l. 67. §. 1. lit. X.* pecuniam communem fœnerare, non esse eam convertere in proprios usus. idque & Cujacio visum *lib. 23.*

Observ. c. 27.

CAPUT IX.

Seneca sententia contra fœnus examinata & discussa.

Sed ut illo revertar, unde discessi, apparet, neque Naturam, neque Gentium jus, a fœnore usurisque abhorre. nec tamen ignoro, Senecam *lib. 7. D. beneficiis c. 10.* sic scribere, *Video istis diplomata, & syngraphas, & cationes, vacua habendis simulachra, umbras quasdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanum opinione gaudentem. quid enim ista sunt? quid fœnus & Kalendarium, & usura, nisi humana cupiditatis extra naturam quaesita nomina? possum de rerum natura queri, quod aurum argentumque non interius absconderit, quod non illis majus, quam quod detrahi posset, pondus injece-rit. quid sunt ista tabula, quid computationes, & venale tempus, & sanguinolenta centesima? voluntaria mala ex constitutione nostra pendentia, in quibus nihil est quod subijci oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritiæ somnia.* Primum ait Seneca, quod fœnus est humanæ cupiditatis extra naturam quaesitum nomen. Vere, est enim, ut Aristoteles, *De republica lib. 1. c. 10.* ait, in fœnore pecunia pecuniæ partus. Sed non idcirco negligendum. natura enim etsi non invenit fœnus, tamen nec vetuit. quid nimirum recipi possit ad humanum usum, si quem habeat, non repugnante natura? Nisi servitutem improbamus propterea, quod eam natura ignorat, hominibus initio liberis natis. atqui servitutem, hominum constitutione inventam contra naturam, approbat jus Gentium *l. 4. §. 1. D. de statu hominum, l. 4. D. de justitia & jure.* rerum quoque dominia non natura commenta est, sed humana pactio introduxit contra naturalem communionem. dominia tamen ab hominibus distincta jus Gentium servat, suadente utilitate *l. 5. D. eod. tit. Divina natura dedit agros, ars humana edificavit urbes,* ut Varro ait, *De re rustica lib. 3.* nec tamen quicquam urbes vituperat; quia eas Jus Gentium invenit; natura ignorat *d. l. 5.* imo commode Juvenalis *sat. xv. vers. 149.* scribit, quod Deus dedit.

- - Nobis animum quoque; mutus ut nos
Affectus petere auxilium, & præstare juberet,
Dispersos trahere in populum, migrare vetusto
De nemore, & proavis habitatas linguere sylvas:
Ædificare domos, laribus conjungere nostris
Tectum aliud, tutos vicino limite somnos
Ut collata daret fiducia: protegere armis
Lapsum, aut ingenti nutantem vulnere civem,
Communi dare signa tuba, defendier ii/dem.
Turribus, atque una portarum clave teneri.

Idem in fœnore & usuris puta. non adgnoscat hæc natura. ita est; sed nec prohibuit. imo hominum pactioibus constituta non adspernatur ratio jure Gentium *l. 15. D. de interdictis & relegatis*: non

magis, quam commercium & obligationes: quas, paucis exceptis, jure Gentium introductas esse, Hermogenianus refert *d. l. 15.* Hoc sensu Pomponius *l. 121. D. de verborum significatione* ait, usuram pecuniæ quam percipimus, non esse in fructu: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Papinianus quoque scribit *l. 62. D. de rei vindicatione*, usuram non natura pervenire, sed jure percipi.

At fœnus est venale tempus, voluntarium malum, ex constitutione nostra pendens, in quo nihil est quod subijci oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritiæ somnium. percipitur enim pro usu ejus quod non est; quia percipitur pro usu consumptæ pecuniæ. Nec hoc Seneca tantum, sed & Plutarchus, *De vitando ære alieno*, carpit his verbis, *Et ridet proinde isti physicos, qui ex eo quod non sit, existere quidquam posse negant. nam apud ipsos ex eo quod neque est, neque subsistit, nascitur fœnus.* Sed hoc subtilitatis est & nimiae & prope inanis. etsi enim non negem, in mutuo consumi speciem: tamen quis nescit, debitorem ad genus teneri, & cum id solvitur, idem restitui? quippe, cum rerum quæ mutua dentur, hæc natura sit: ut non corpore suo, sed quantitate, censeantur; & functionem suam non in specie, sed in genere, recipiant: quia non interest domini, utrum idem, an tantumdem, habeat. quod si vero est, ut genere salvo, etiam salva videatur fors: quid ni usura pro usu ejus debeat, sicut merces pro usu locati & adhuc salvi debetur corporis? atque hoc in creditore rationis est. sed de debitore quid dicemus? nec ei perire pecuniam quæ consumpra est in usum ejus. nam licet ei salvum non sit pecuniæ corpus; tamen salva est ejus utilitas: si fundum emit ex quo fructus percipiat: si debita solvit, & bona sua redimit: si aliud egit quod ad quaecumque ejus negotium pertinere existimaret *l. 70. §. ult. l. 71. l. 72. D. de legatis lib. 2.* hanc autem utilitatem cum ex alterius pecunia habet, recte usuras solvit pro usu.

Verum sanguinolenta est centesima. quis negat, si excedat utilitatem qua cariturus sit creditor ob id quod debitor sit usurus ejus pecunia? sed quid, si id non sit? non fuerit crudele, ei centesima reparari utilitatem quam debitori concesserit. quid, si addam, non esse proprium usuræ, ut centesima sit, id est, gravissima? possunt enim semisses, & quincunces, & trientes. & sextantes, & uncia, id est, levissima esse. imo ipse Seneca *lib. 3. De ira c. 33.* usuræ meminit haud millesimæ. ac si civilis ac modesta sit, forsitan nec improbabilis visa ei fuit usuræ ratio. ipse sane de

fe,

se, si fides Tacito *lib. 14. Annal. c. 53.* oratione ad Neronem sic inquit, *Tantis agrorum spatiis, tam lato fœnore exuberat.* Accusat igitur Seneca non fœnoris vitium; sed modi, nec hoc in fœnore tantum, sed in aliis quoque, contingit, ut usu aut utilia aut noxia habeantur. sic vino (quod Plinius monet *lib. 14. Naturalis historiae c. 4.*) neque viribus corporis utilius aliud, si modus adsit, neque aliud voluptatibus perniciosius, si modus absit. sic (quod Quintilianus notat *lib. 2. Inst. orat. c. 16.*) in utramque partem valent arma facundiæ: nec tamen est æquum, id haberi malum, quo bene uti licet, alioquin nec duces erunt utiles, nec magistratus, nec medicina, nec ipsa denique sapientia. nam & dux Flaminius, & Gracchi, Saturnini, Glauciae, magistratus, & in medicis venena, & in iis qui Philosophorum nomine male utuntur, gravissima nonnumquam flagitia deprehensa sunt. cibos aspernemur, attulerunt sæpe valetudinis causas. numquam tecta subeamus, super habitantes aliquando proclumbunt. non fabricetur militi gladius, potest uti eodem ferro latro. quis nescit, ignes, aquas sine quibus nulla sit vita, & ne terrenis immorer, solem lunamque, præcipua siderum, aliquando etiam nocere. sed quod in illis Quintilianus observat, hoc in fœnore dicamus: si nocet si turpe est, si indignum viro bono & humanitatis amante; non est

fœnoris peccatum, sed hominis avari & fœnore male utentis. quod si quis idcirco prohibere velit, quod aliquando in abusu cadat: licet; dum & ignem, & aquam, & vinum, & cibum, & cætera, hominibus non utilia modo, sed & necessaria, ideo prohibeat, quod aliquando usum recipiant, sed non verum; denique, quod his multi ad nequitias abutuntur. quod si in his non usum tollendum putet, sed abusum: etiam in fœnore & usuris dicat, corruptelam inhibendam; non usum verum, & ad juvandam humanitatem accommodatum.

Ineptis, inquires, est enim hæc usurarum ratio, ut, quamvis non excedant modum, tamen sensim atterant debitoris opes, maxime negligentis aut prodigi. prorsus, ut, cum remedium quærat, non hoc, sed venenum, accipiat. sic enim Ambrosius arguitur, *De Tobia c. 3.* & ideo exclamat *c. 5. Mergit naufragos, expuit nudos, vestitos exuit, in sepulchros relinquit. nummum ergo petis, & naufragium suscipis. hinc charybdis circumstrepit, hinc Sirena qua voluptatis specie & canora dulcedinis suavitate in vada deductos cæca, repetenda domus (ut ferunt fabula) spe & cupiditate fraudabant.* Sed quod Ambrosius capit, non fœnori imputandum; sed debitori, aut negligenti, aut nequam & prodigo, qualem insequentibus ejusdem capitis describit.

C A T U T X.

*Legem Mosaicam de non exercendo fœnore definire jus non Gentium, sed Civile populi Hebraici cui posita est. ea lege fœnus inter Hebræos quidem, sed non inter Hebræos & peregrinos, prohiberi: ac similem Romæ observationem fuisse inter cives Romanos, itemque inter hos & socios Latinos. cur fœnus inter Hebræos lege Mosaica prohibeatur; inter Hebræos & peregrinos non prohibeatur, ab Ambrosio diligenter disputari; sed non probabiliter. veram rationem petendam a fine & utilitate rei-publicæ Hebraicæ cui lex data est. eam rempublicam fuisse novam, & in arctis rebus positam; nec ad negotiationem respexisse, sed præsertim ad bellum & rem rusticam; nec debuisse domi fœnoris aut lucri studio dividi, & foris jure Gentium indignuisse in deserto & sterili loco. peregrinorum appellatione Mosén non damnatas Gentes, sed qualescumque, intelligere: nec utique his publicum indixisse odium; etsi illis indixerit. an Deus aliquando Hebræis permiserit rem turpem ac flagitiosam? non videri: nec Aegyptiis ablatione instrumentorum aureorum, & argenteorum, vestiumque pretiosarum, furtum jussu Dei esse factum. & cur? insignis Tertulliani locus. quomodo accipiendum sit quod de calceis vestibusque Hebræorum in deserto non inveteratis aut attritis legitur Deuteronomio *c. 29. §. 5. & c. 8. §. 4.* similis Justinii locutio adducta? & Salviani aliorumque sententia castigata. sensus Psalmi 15. & Ezechielis *c. 18.* rejecta Hieronymi, & Hugonis Grotii, interpretatione.*

AT Deus Optimus Maximusque usuras veruit; cum sic edixit *Exodic. 22. §. 25.* Si pecuniam mutuam dederis populo meo, pauperi ipsi qui est tecum,

ne esto ei tanquam fenerator, ne impunito ei usuram. Et *Deuteronom. c. 23. §. 19. & 20.* Ne dato in usuram fratri tuo usuram pecunie, usuram cibi, usuram illius rei

rei quæ in usuram datur Extraneo isti dabis in usuram, fratri autem tuo ne dato in usuram : ut benedicat tibi Jehova Deus tuus in omni re ad quam admovebis manum tuam. & reliqua. Illicitæ igitur usuræ sunt lege Dei. Fateor : sed in republica Hebraica, in eaque non inter omnes, sed inter Hebræos ; ac magis civili, quam naturali, ratione. atqui a Deo iussa est ea lex. sit ita : sed non universo orbi scripta est ; sed Populo Hebræo : neque facit commune Gentium jus ; verum Civile Populi, cui eam posuit Deus, tamquam ejus princeps reipublicæ, non quasi humanæ vindex societatis. tenet igitur Hebræos, non qua cives majoris illius reipublicæ quæ est Dei & omnium hominum ; sed qua cives hujus minoris quæ est Dei & Hebræorum. sicut lex Genucia, aut qualiscumque illa fuerit cujus Livius meminit *lib. 35. c. 7.* cum fœnus inter cives Romanos vetuit, ante legem Semproniam cives quidem Romanos obligavit ; sed socios Latinos non obligavit ; illos quoque respexit, non ob generis humani, sed ob civitatis suæ, utilitatem. magis igitur civilis, quam naturalis, habenda est. atque hoc enim in lege Genucia apparet : quid ni in Mosaica dicetur ? nam ea quoque fœnus non generaliter, sed inter Hebræos, prohibuit : inter peregrinos autem & Hebræos non prohibuit *Deuteronom. d. c. 23. §. 19. & 20. & c. 15. §. 6. & c. 28. §. 44.* quamquam *Levitic. c. 25. §. 35. & 36.* sic loquitur ; *Facultatibus attenuato fratre tuo, vacillabit manus ejus : tunc confirmabis illum, etiam peregrinum aut inquilinum, ut vivat tecum. Non accipias ab eo usuram aut fœnus, sed timebis a Deo tuo ; ut vivat frater tuus tecum. pecuniam tuam ne dato ei in usuram ; nec in fœnus dato cibum tuum.* Recte enim Belgæ interpretes hoc acceperunt de peregrinis, non omnibus, sed ad civitatis & sacrorum societatem jam admissis quos Hebræorum jure frui, Moles jubet *Exodi c. 12. §. 48. & seq. & Numer. c. 15.* & Justinus Martyr observat, *Dialogo cum Tryphone Jædeo pag. 351.* his verbis, *Profelytus certe circumcissus, si ad populum accesserit, perinde est atque indigena & originarius.* Tantum igitur vetuit lex Mosaica, ab Hebræo sub uturis credi Hebræo ; peregrino autem ab Hebræo, aut Hebræo a peregrino, sub uturis credi non vetuit : nec inter omnes peræque homines, sed solum inter cives suos, inutilem usurarum usum esse, existimavit, at si jus Gentium repræsentaret, prohiberet eas, non quasi huic civili, sed quasi humanæ, conjunctioni contrarias ; nec tantum Hebræos curaret ; sed qualescumque homines, nec minus extraneos, quam cives. quod enim jure Gentium peccatum est, numquam probari potest ; quia semper malum est, denique ratione, etiam sine lege scripta, damnatur. repugnat enim societati quam Deus inter homines esse voluit ; sive Hebræi sint, sive alii. igitur repugnat juri quod Deus servandæ promovendæque inter homines societati, sive Hebræi, sive alii, sint, constituit. Sed non ideo fœnus Mosaico improbatum jure, quod sit evertendæ Gentium societati, permittitur enim Hebræis cum peregrinis ; etsi Hebræis inter se prohibeatur, non igitur ob vitium quod utique fœnoris sit, & naturali juri contrarium, inter Hebræos prohibetur : sed contemplatione utilitatis quæ propria sit civium ejus reipublicæ.

Quæ qualis fuerit, lex non addit : quamquam mihi probabile sit, voluisse ejus auctorem, cives suos, quasi ab uno profectos patre, (quales non omnes, sed plerique, erant *Exodi c. 12. §. 37. &*

Noctis Operum Tomus I.

38.) inter se haberi pro necessariis : inter quos mutua esse officia, vel Gentiles definierunt, voluit igitur, inter eos non tam fœnus, quam mutuum, esse. quod inter necessarios etiam Gentiles admittebant. cæterum non putavit, tam arctam civibus cum peregrinis, quam cum civibus, esse conjunctionem : sicuti nec peregrini eam sibi cum Hebræis civibus, quam cum suis, societatem esse existimabant. & ideo quamquam non improbaret humanitatem, si quæ peregrinis gratis exhiberetur, hanc tamen ad juris necessitatem non revocavit. passus enim est civem, si vellet, peregrino mutuum dare : sed si nollet, eum peregrino sub uturis credere non vetuit. quod & in omnibus, exceptis amicis & necessariis, Gentiles soliti fuere. fuit igitur civilis ratio quæ fœnus inter Hebræos prohibuit.

Sed ea clarior fiet ; considerantibus paulo diligentius ejus conditionem finemque reipublicæ cui posita lex est. erat autem & nova, nec adhuc imperii atque obsequii vicissitudine satis firmata : tum magis ad bellum, & pecorum curam, remque rusticam, respiciebat, quam ad negotiationem. non longe petam argumenta. non tenebat populus solum patrium, idem pacatum, & per otium opibus ac luxu diffuens ; ne habebat quidem certas & fixas sedes : sed ex Ægypto justa egressus rebellionem, sedes novas quærebat, & quod Josephus observat, *Contra Appionem lib. 2,* non maritimas, sed uberes, & ad agriculturam magis, quam ad mercaturam, idoneas, utcumque, ab aliis gentibus possessas, nec, nisi armis, petendas, aut retinendas. atque interim (referam enim quod Moles memoriæ prodidit *Exodi. c. 13. §. 17. & 18*) non ducebat Deus Populum via regionis Philistæorum quæ propinqua erat, sed circumducebat eum via ipsa deserti ad mare algosum ; & addit causam Moles, quæ pulchra est : ne, si bellum videret populus, eum pœniteret, & in Ægyptum reverteretur. Ita agebat in castris, & locis desertis aut hostilibus, vagus, pauper, & omnium indigens. in illo tam difficili rerum statu intererat novi Populi, spiritum quo tanta continebatur multitudo, pro more humani ingenii, indies mutabilis, & passim contumax, non dissolvi, non modo metu periculorum aut egestatis, aliorumve incommodorum quæ ei plurima cum ab hostibus, tum a castrensi vita, præsertim in sterili ac deserto loco, imminabant : sed neque fœnoris ac lucri studio quod sæpe homines dividit, etiam optime junctos. Sane de urbe Roma, sed rustica, & bello intenta, Tacitus *lib. 6. Annal. c. 16. Vetus urbi fœnebre malum, & seditionum discordiarumque creberrima causa : eoque cohibebatur antiquis quoque & minus corruptis moribus.* Appianus quoque *lib. 1. De bellis civilibus. Videntur illi prisca Romani, sicut & Græci, abhorruisse a fœnore, ut negotiatione molesta pauperibus & litium inimicitiarumque materia.* igitur animadvertens hoc sapientissimus Legislator, quod postulabat res Hebraica, voluit, cives suos quorum virtute ac fide ei vincendæ tot gentes erant, minime incitari ad avaritiam, ad querelas, ad discordiam, in quæ sua sponte ferri sentiebat : magis voluit, quærentibus amputare occasionem ; ac cum omnes inter se arctissime jungi oporteret, singulas, non tam lucroso, quam fraternitati, operam dare : alterumque ab altero, si qua ad tempus pecunia, aut quibus fructibus, egeret, quod aliquando necesse erat fieri, non fœnore ex jure Gentium, sed mutuo ex officio amicitiae ac cognationis, adjuvari : perinde

P

quali

quasi omnium interesset, neminem destitui aut premi: ne quis facile ad seditionem, aut certe ad delationem, necessitate incitaretur, accedebat, quod non magnæ essent pecuniæ quæ sic mutux peterentur; & idcirco sine notabili incommodo gratis credi possent. Fuit igitur lex de non petendis usuris civilis Hebræorum, posita angustis reipublicæ temporibus, atque in gratiam pauperum; quamquam ut ad ditiores quoque pertingeret. nam etsi pauperum meminit *Exodi* 22. §. 25. tamen generaliter loquitur *Deuteronomi* c. 23 §. 19. quia omnibus prohibendum erat, quo non debebant premi pauperes, tam obscura distinctione pauperis & divitis. jam ob incidentes casus facile fiebat; ut alioquin dives ad tempus egeret. igitur lex quem *pauperem* dixit *d. c. 22. §. 25.* eum *Levitici* c. 25. §. 35. & 36. appellat *attenuatum facultatibus*, atque ejus *vacillantem manum confirmari* jubet: nec eo verbo mendicum intelligit aut similem (cui perpetua egestate laboranti non mutuum datur; frustra enim crederetur pecunia nihil habenti; sed elemosyna datur) verum omnes intelligit qui ob temporariam inopiam quæ est communis omnium vitæ, subsidio creditæ indigeant pecuniæ. quod mutui & fœnoris proprium esse, sequente ostendam capite.

Sed ut Deus inter Hebræos fœnus prohibuit: sic inter hos & peregrinos permisit. An quod vellet gentes inimicas & excidio destinatas, ab Hebræis expilari fœnore? forte dices: & quid notius illo Taciti *lib. 5. Histor. c. 5.* *Apud ipsos fides obstinata, misericordia in promptu, sed adversus omnes alios hostile odium.* Sed illa Judæorum ratio non omnium, sed malorum, aut stultorum, fuit: Dei certe non fuit; etsi videtur Ambrosio, *De Tobia* c. 15 cum sic scribit, *Sed forte dices quia scriptum est: Alienigenæ fœnerabis, & non consideras quid Evangelium dicat, quod est plenius. Sed hoc interim sequestremus, legis ipsius verba considera: Fratri tuo, inquit, non fœnerabis ad usuram: sed ab alienigena exiges. Quis erat tunc alienigena, nisi Amalech, nisi Amorrhæus, nisi hostis? ibi inquit usuram exige. cui merito nocere desideras, cui jure inferuntur arma, huic legitima indicuntur usura. Quem bello non potes facile vincere, de hoc cito potes centesima vindicare te. Ab hoc usuram exige quem non sit crimen occidere. Sine ferro dimicat qui usuram flagitat: sine gladio & de hoste ulciscitur qui fuerit usurarius & exactor inimici. Ergo ubi jus belli, ibi etiam jus usurae.* Sic Ambrosius. Sed nollem dictum. abesse enim procul non a veritate tantum, sed etiam ab honestate. atque apud Romanos quoque prohibitum aliquando fœnus inter cives fuit: inter cives autem & socios Latinos non fuit prohibitum: ut supra monui ex Livio *lib. 35. c. 7.* nec tamen quisquam dixerit, id ideo factum fuisse, ut socios Latinos fœnore spoliarent cives. cur igitur aliud de Hebræis dicemus? quia his indulgetur fœnori dare peregrinis, sed hostibus: quos non dicam spoliare, sed occidere, licet belli jure. Esto: sed quæ de fœnore & usuris fiunt conventiones, non belli, sed pacis, & commerciorum, jure celebrantur. igitur si ad expilationem spectant, & a Gentium jure abhorrent; ut videtur Ambrosio: ne cum hostibus quidem fieri possunt: quia hi, cum inter se contrahunt: non ut hostes agunt, sed ut homines qui utilitatis permutatione invicem sibi consulunt; id est, jure Gentium utuntur. Sed demus Ambrosio, valere ejus interpretationem, pecunia peregrinis a Judæis fœnori data: quid dicet, si contra Judæis fœnori data fuerit a peregrinis?

nam & hoc fieri Deus permisit: ut supra dictum. num voluit tum, Judæos a peregrinis vicissim fœnore debilitari? non dicet Ambrosius: ne contraria voluerit Deus. hoc tamen consequens fuerit, si fœnus ad expilationem pertinet, & Judæis a peregrinis æque, ac peregrinis a Judæis, dari potuit. Ne addam nunc, quod Deus jussit quidem, fœnus a Judæis dari peregrinis, sed non utrique devotis ob impietatis atrocitatem, sed quibuscumque. generaliter enim loquitur: & quamquam Amalechitis atque Amorrhæis & quibusdam aliis gentibus quæ enumerantur *Deuteronomii* c. 7. §. 1. & 2. & c. 20. §. 17. & c. 25. §. ult. & *Exodi* c. 17. *ad fin.* publicum indixerit odium: tamen Tyriis, Sidoniis, Ægyptiis, cæteræ denique humanitati, non indixit. Nec tamen ignoro ut hodie, sic olim fuisse quibus placeret, Gentium societatem non natura, sed pactioibus comparari; bellique jus esse inter quos pax conventionem firmata non sit: denique, bellum esse acquirendi modum maxime naturalem. in qua sententia Aristoteles fuit *lib. 1. De republica* c. 8. mitto Pomponium *l. 5. §. 2. D. de captivis & postliminio reversis.* nam & is hoc vult: cum sic loquitur, *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitie causa factum habemus: hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum sit: & liber homo noster ab eis captus servus sit & eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.* At hoc etsi illis sederit, etiam Judæis quibusdam, videtur Deus in Judaica republica noluisse: cum enim *Exodi* c. 22. §. 21. & c. 23. §. 7. vetuerit, peregrino vim fieri, aut eum opprimi: & *Deuteronomi* c. 27. §. 19. jussit, maledictum esse qui peregrini jus pervertat: denique c. 23. §. 7. sic edixerit, *Ne abominare Edomæum, nam frater tuus est. ne abominare Ægyptium. nam peregrinus fuisti in terra ejus: quid verius est, quam censuisse, Judæis quidem societatem quæ pacto humano sit, cum peregrinis non fuisse; sed quam natura ingeneravit, fuisse? ut de Romanis & Faliscis egregie dixit Camillus, apud Livium *lib. 5. c. 27.* Sed quod de devotis gentibus specialiter cavet Deus, (ut sit in his quæ singularem juris rationem habent) ad alias gentes de quibus hoc non jussit, porrigendum non fuit. magis probanda vel Mosaico jure illa Ciceronis sententia ex *lib. 3. De officiis. Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant: hi dirimunt communem humani generis societatem: qua sublata, beneficentia, liberalitas, bonitas, justitia, funditus tollitur: quæ qui tollunt, etiam adversus Deos immortales impii judicandi sunt. ab iis enim constitutam inter homines societatem evertunt.* Amplius, quod ad devotas gentes attinet, etsi Deus eis publicum indixerit odium; non tamen infinitum contra eas exerceri imperavit: sed modo & ratione temperatum. voluit enim, & ipsis offerri pacis conditionem: scilicet, ut, si vellent, ab imminente perniciæ possent se publica servitute liberare *Deuteronomi* c. 20. §. 10. & seqq.*

Non igitur placet mihi quod Ambrosio, Deum Judæis fœnus, id est, rem turpem ac flagitiosam, in peregrinorum necem permisisse. & qui potest placere, cui sanctior est Dei reverentia, quam ut in cujusquam gratiam videatur probare quid se indignum? quod ut cadere possit in humanos affectus; non potest cadere in Deum qui nullis corumpitur. Atqui permisit eidem Populo ex Ægypto egres-

egressuro, specie commodati furari Ægyptiorum instrumenta aurea atque argentea & vestes pretiosas *Exodi c. 12. §. 35. & 36.* quod natura probum esse, non ratio modo, sed etiam Ulpianus, docet *l. 42. D. de verborum significatione.* Sed ne id furum dicas: non enim ita est, magis pignoratitia dicenda: qua in compensationem longæ atque injustæ servitutis quam regibus sine mercede præstiterat Populus, Ægyptiorum res retinebat Gentium jure. Eo enim obtinuit, ut pro hoc quod civitas aut ejus princeps debet, nec præstat, capi aut retineri possunt civium bona, nempe, ne aliter interpretantibus, facilis sit ad injuriam via: eo quod in creditorum potestatem rarius veniant bona Principum, qui pauci numero, & interim potentes sunt; quam bona privatorum qui & plures sunt & infirmiores. accedit, quod qui ejusdem sunt civitatis, ab ea jus suum facilius consequuturi creduntur, quam extranei, sæpe negligi soliti. Hoc igitur, cum ubique gentium fas ac justum sit; cur improbabitur in Judæis qui ex Ægypto discedentes, ut liberarent se a tyrannide, cum jus suum aliter consequi non valerent ob Regis & potestatem & iniquitatem, subditorum ejus bona retinuerunt, ut haberent ex quo ad suum pervenirent. Atque id velle videtur Tertullianus *lib. 4. Adversus Marcionem c. 24.* his verbis. *Quod si & Christus dignos pronunciat mercede operarios; excusavit præceptum illud creatoris de vasis aureis & argenteis Ægyptiorum auferendis. Qui enim villas & urbes operati fuerint Ægyptiis, digni utique operarii mercede, non ad fraudem sunt instincti, sed ad mercedis compensationem, quam alias a dominatoribus exigere non poterant.* Quod valde notandum. æque, quod idem Tertullianus *lib. 2. ejusdem operis c. 20.* scribit, Ægyptios aliquando per legatos egisse de restitutione ablatorum; sed Hebræis contra petentibus præstare æstimationem servitutis, tandem destitisse a petitione, convictos evidentia æquitatis. Hæc quo pertinent? ut appareat, Deum non permisisse Judæis fœnus, ut esset quo peregrinos spoliarent: quæ Ambrosii sententia est vilior, quam ut cum majestate divinæ legis convenire videatur.

Quid ergo est? putem, rationem permittendi inter Hebræos & peregrinos fœnoris non aliam Deo fuisse, quam justam ac sanctam: nempe ut Romani duces (quod Plinius observat *lib. 26. Histor. natur. c. 4.*) primam semper in bellis commerciorum habuere curam: ita rationis erat, inter Hebræos & peregrinos commercia Jure Gentium exerceri. quod ut fieret, ipsorum intererat Hebræorum: cum enim ex devictis hostibus ampla sperarent spolia; ex pecore autem quo abundabant, pilum & lanam, cæteraque id genus alia, magna perciperent copia; forte & texturam aliasque quas callebant artes exercerent: omnino esse oportebat in quos supervacuas res quocumque alienationis genere transferrent. jam quæ publice privatimque erant tantæ multitudini, in deserto præsertim & sterili loco, necessaria, quotidie ex vicinis regionibus apportanda erant, quod ut facerent peregrini, utilitatis & juris communione provocandi erant. atque ea gratia vetuit Deus, peregrino vim fieri, aut eum opprimi *Exodi c. 22. §. 21. & c. 23. §. 7.* voluit etiam, maledictum esse qui ejus jus pervertat *Deuteronom. c. 27. §. 19.* denique jussit, cum peregrinis commercia Jure Gentium exerceri; ab iisque ut emi vendi, permutteri, locari, conducere, sic fœnori dari & accipi, æquum bonum esse: ac si cum Hebræis ne-

gotiarentur peregrini, atque eis sub fœnore crederent, quod poterant legibus moribusque suis, voluit, in republica Judaica servari pactum de usuris, & ut par Hebræis domi forisque jus esset, etiam ipsis indulset, ut si peregrinis crederent, ab his usuras æque stipulari ac petere possent: eaque prudentia ac justitia, rem fecit, dignam admiratione & memoria omnium seculorum; ut cum tot millia in sterilibus & desertis locis essent per tot hostes, etsi omnium indigentia, tamen nullo destituerentur.

Quo sensu accipiendum quod de eorum calceis non attritis, & vestimentis non inveteratis, legitur *Deuteronom. c. 29. §. 5. & c. 8. §. 4.* verba utriusque loci adscripti: quia a multis in alium trahuntur sensum. verba ex *§. 5. c. 29. Deduxi autem vos quadraginta annos per desertum: non inveteraverunt vestimenta vestra, quin tegumento essent vobis, neque calceus tuus inveteravit, quin tegumento esset pedibus tuis.* verba ex *§. 4. c. 8. Vestimentum tuum non inveteravit, quin tegumento sit tibi: & pes tuus non intumuit ipsos quadraginta annos.* Nec dissimilis illa locutio huic Justinii *lib. 2.* quem adscripti; quia non menimi, ab aliis adferri. verba Justinii. *Cæterum, si regem spectes, divitias, non duces laudes: quarum tanta copia in regno ejus fuit, ut cum flumina multitudine consumerentur, opes tamen regie superessent.* Pulcher & notabilis locus est. non enim vult Justinus, quod utique eadem opes quæ ante fuerant, superessent; sed quod consumptæ in usum belli, etsi infinitæ, tamen aliarum substitutione non desiderarentur. quod superioribus Moysi verbis respondet. Sic mihi sedet: nec dubito, an vere, nam quod alli censent, Judæos, ex deserto exeuntes, eadem vestium calceorumque corpora, atque ipsa non inveterata aut attrita, habuisse, quæ habuerant, cum in desertum venirent, ineptius est, quam ut sapientibus, & ad liquidum veritatem explorantibus, probari possit. ratio enim & communis reclamationis sensus, atque ut demus, neque vestes, neque calceos attritos quadraginta annis fuisse; tamen quis credat, easdem vestes, eosdemque calceos, infantibus adultisque convenisse? nisi interim non crevere hominum pedes ac membra; aut cum pedibus membrisque calcei vestesque crevere, atque hoc Judæos affirmare, auctor est Hugo Grotius, *ad Deuteronom. c. 8. §. 4.* illud video Salvianum censere *lib. 1. De gubernatione Dei;* cum sic infit, *Adde homines in nullis membrorum suorum partibus accessus, & decessus humanorum corporum nescientes, ungues non auctos, dentes non imminutos, capillos semper aequales, non attritos pedes, non scissas vestes, calceamenta non rupta, redundantem hominum honorem usque ad induviarum vilium dignitatem.* Sic Salvianus: sed nugas narrat. si enim vera esset ejus sententia, utique consequens foret, ut qui infantes aut pueri essent desertum ingressi, post quadraginta annos eodem infantium puerorumque statu habituque ex deserto egressi essent: ac cum plerique, ætate prope adulta desertum ingressi, in eo quadraginta annorum spatio essent mortui, exceptis Josua & Calebo, *Numer. c. 14. §. 22. & seqq. Deuteronom. 1. & Josue c. 5. §. 4. & 5. c. 14. §. 6. & seqq.* item consequens foret Salviani sententiæ, ut Populus ex deserto egressus, jam adulta ac satis prope ætate, non alia, quam infantum puerorumque, statura fuerit. quo nihil ineptius dici potest. Jam, cum tanto mortalis ævi spatio auctus generatione fuerit Populus, etiam necesse fuerit, aliter existi-

mantibus, in deserto natos aut cum vestibus calceisque natos esse, aut deinde nudos egisse. quod si, ut est, vero propius videtur, his comparatum fuisse vestiarium, quod ante non fuerit; cur in cæteris aliter dicemus? an quæ necessitas vel in illis statuendi rem tam absurdam? nulla, ut enim mittam spolia quæ a devictis hostibus capere: quis neget, ex pecore cuius ingens in castris copia fuisse dicitur *Deuteronom. cap. 3.* præter lac, & fœtus, etiam pilum, & lanam, & pelles, percepisse? sed neque verisimile est, tam ignavos, aut stultos, fuisse homines, rei pecuariæ jam inde a maioribus studiosos, ut usum materiæ, quam passim utilis rebus humanis, tam necessariæ, illo præsertim rerum statu, aut neglexerint, aut ignoraverint. Sed is fructus cui vilis aut incognitus est? Ulpianus & Paulus *l. 23. §. ult. l. 24. & l. 25. D. de auro, argento, mundo.* Vestis etiam ex pellibus constabit. cum & tunicas & stragula pellicia nonnulli habeant. argumento sunt etiam nationes quadam, veluti Sarmatarum quæ pellibus teguntur. Varro *lib. 2. De rerustica c. ult.* Ut fructum ovīs e lana ad vestimentum, sic capra pilos ministrat ad usum nauticum & ad bellica tormenta, & ad fabrilis vasa. neque non quadam nationes harum pellibus sunt vestitæ, ut in *Getulia & Sardinia.* cuius usum apud antiquos quoque Græcos fuisse apparet. id vero si est, quid ni hæc apud vicinos, aut advenas mercatores pecunia, aut rebus necessariis, permutaverint; pastorum more de quo Virgilius *lib. 3. Georgic. vers. 305. & seqq.* & exemplo exercitus Græcorum de quo ita Homerus *Iliados H. ad fin.*

*Hinc quidem vinum emebant comati Achivi,
Alii quidam ære, alii autem splendido ferro,
Alii vero pellibus, alii autem ipsis vaccis,
Alii autem mancipiis.*

Quid, si addam, in Hebræorum castris fuisse qui vestes texerent? non enim potest negari, quod Moses refert *Exodi cap. 25. 26. & 28. item cap. 35. 36. 37. 38. 39.* fuisse in his omnis generis artifices qui, ne de aliis dicam, sanctum tabernaculum, ejusque instrumenta, & præterea sacerdotum vestes atque ornamenta, fecerint. imo Moses *c. 35. §. 25.* scribit, singulas mulieres industrias, nevisse manibus suis, atque attulisse netum hyacinthinum, & purpureum, & coccineum dibaphum & xylum. & *§. 26.* etiam mulieres industrie nevisse lanam caprarum. & *c. 39. §. 22.* ait, artifices fecisse pallium amiculi, opere textili, totum hyacinthinum: & *§. 27.* fecisse tunicas illas e xylino, opere textili, Aharoni & filiis ejus.

Sed ut hoc agamus, cum lex fœnebris a Mose sit tantum ob civilem utilitatem lata; apparet, eam neque omnium gentium, neque æternam fuisse: sed propriam populi Judaici; atque hoc sublato, esse defuisse: perinde ut cæteræ desiere leges quæ ejus reipublicæ fuere.

At, inquires, auctor *Psalmi 15., & Ezechiel. c. 18.* eam legem magis ad bonos mores humani generis, quam ad jus civitatis Judaicæ, referunt: virum bonum definientes ab eo quod pecuniam suam non collocat fœnori. Nisi oportet utrumque accipi ex jure Mosaico. nempe, ut vir bonus sit in Hebraica republica Judæus, non qui nulli, sed qui Judæo, non dat fœnori: etsi peregrino det. sic enim locuta lex Dei. quæ cum mutata non sit, stante republica, cur valere prohibeatur? proinde vereor, ut assentiri possim Hieronymo *lib. 6. in Ezechielem c. 18.* cum sic differit, *Et ad usuram non commodaverit: sive ut LXX. transtulerunt: pecuniam suam ad usuram non dedit, in Hebraico cunctarum specierum usura prohibetur. in LXX. tantum pecunia. juxta quod & in quarto decimo psalmo scriptum est: Qui pecuniam suam non dedit ad usuram. Et quomodo dicitur: fratri tuo non fœnerabis: alieno autem fœnerabis. Sed vide profectum: in principio legis a fratribus tantum fœnus tollitur: in propheta ab omnibus usura prohibetur dicente Ezechiele: Pecuniam suam non dedit ad usuram. Porro in Evangelio virtutis augmentum est, præcipiente domino: Fœneramini his a quibus non speratis recipere. Idem dixerim de Hugone Grotio, inclyto & præstante viro, cum *De jure belli & pacis lib. 2. c. 12. §. 20.* sic scribit, Sufficere nobis debet lex a Deo Hebræis data quæ vetat Hebræos Hebræis pecuniam dare fœnori. Est enim hujus legis materia, si non necessaria, certe honesta moraliter, unde & aliis maxime moralibus annumeratur *Psalmo* qui apud Hebræos est decimus quintus, apud Latinos decimus quartus, & apud Ezechielem capite decimo octavo. quæ autem hujus generis sunt, Christianos quoque obligant, quippe vocatos ad majora virtutum specimina: & quæ tunc officia homini Hebræo aut alioqui circumciso (nam hujus cum Hebræo par causa erat) præstari jubentur, ea nunc præstanda sunt homini cuivis, omni populorum discrimine per Evangelium sublato, latiusque extenso proximi intellectu. Est tamen quod mireris, potuisse egregium illum virum ad hanc decurrere sententiam: quum præsertim ei contraria scripserit, *Annotationibus ad Lucam**

cap. 6.

* * *

CAPUT XI.

Christi verbis, apud Lucam c. 6. §. 35. & Matthæum c. 5. §. 42. non prohiberi fœnus, sive usuram: sed in his sermonem esse de mutuo, id est, de sorte, eaque gratuita. Peccatores & stulti pro populo. Christum nec mutuum, nec alios juris Gentium contractus, nec judicia, tollere: sed humanitatem, ad quam Mosaica pergebat lex, intendere adversus fori calumnias, quibus pessime laxabatur a jurisconsultis Hebræis. similis Senecæ & Ciceronis ratio. mos vetus patrum familias, cum morosorum, tum benignorum, in credendis pecuniis, ex Plutarcho, Ulpiano, Chrysostomo, Seneca. ad hunc morem respicere illud Domini, Mutuum date

date nihil inde sperantes. *Dominum non loqui proprie, sed uti hyperbole: quamquam non, ut quod in re extremum sit, assequatur; sed quod intra modum consistat. eum in præcipiendo esse sapientum morem, ostensum insigni Seneca loco. eam hyperbolem non vidisse Augustinum. Dominum fœnus inter Judæos & Gentiles non sustulisse: nec inter eos qui salutare ejus disciplinam amplectuntur: modo, si civili ipsorum lege non prohibeatur fœnus. Ambrosii error. non peccasse Imperatorem Justinianum; cum in Pandectis & Codice servavit Titulum de usuris: neque eum ejus rei pœnituisse.*

AT enim Christus sic apud Lucam præcipit c. 6. §. 35. *Et si mutuum dederitis iis a quibus speratis vos recepturos quæ gratia erit vobis? nam & peccatores peccatoribus dant mutuum, ut recipiant paria. imo diligite inimicos vestros, & iis benefacite, & mutuum date, nihil inde sperantes: & erit merces vestra multa, ac filii eritis illius altissimi.* Sed videamus: ne Christus non de usuris loquatur; sed de sorte seu capite: & quod mutuum dicit, non fœnebre, sed gratuitum, sit. respicit enim divinus ejus sermo ad legem Moïsi de qua superiore dixi capite: nec fit apud Gentiles & Judæos; inter quos licitum erat fœnus, probante lege: sed apud Judæos, inter quos etsi mutuum permitteretur, fœnus tamen lege prohibebatur. accedit, quod Christus ait, *peccatores peccatoribus dare mutuum, ut recipiant paria*: hoc vero quid est; nisi mutuum quod alter alteri de populo det? nam peccatores a Domino dicuntur qui Stoicis stulti appellantur: id est, populus, ut apud Persium sat. 5.

*Non Prætoris erat, stultis dare tenuia rerum
Officia, atque usum rapida permittere vita.*
apud Aufonium quoque, *Ludo septem Sapientum*
p. 86.

Bias Prieneus dixit, ἵππῳ καὶ κακῷ:

Quod est Latinum, Plures hominum sunt mali.

Sed imperitos scito quos dixit malos.

Porro mutuum Cicero lib. 5. *Ad familiar. epist. 2.* Ita definit, *Quod ita scribis pro mutuo inter nos animo, quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Vult igitur Christus, Judæum, si mutua indigeat pecunia, a Judæo adjuvari: sive is speret, sortem quam dederit recipere: sive ei recipiendæ ejus spes non sit. atque id Matthæus probat c. 5. §. 42. referens enim idem Christi præceptum, id sic enuntiat, *Petenti abs te dato, & volentem a te mutuari, ne avversator.* ad eumque locum ita scribit Johannes Chrysostomus, *Homil. 18. in Matthæum, Hic vero mutuum non usurarium illud fœnus appellat, sed simplex beneficium commodandi. alibi vero id ipsum intendit, illis dicens esse tribuendum a quibus nihil nos recepturos putemus.* Quod & Moïses ante jusserrat *Deuteronom. c. 15. §. 7. & seqq.* id vero non huc pertinet, quasi improbet Christus mutui repetitionem, etiam si debitor quod ei mutuum datum sit, sine incommodo suo restituere possit, nam nec Moïses hoc voluit d. loc. & verissime Seneca *De beneficiis lib. 3. c. 14. Equissima vox est, & jus Gentium præferens, Redde quod debes.* Quid quod Christus, §. 30. d. c. 6. *Luca,* similiter ait, *Curvis petenti abs te da; & ab eo qui tollit res tuas, ne repetito.* nec tamen emptionem venditionem, aut permutationem, aut judicia, prohibet: non enim vult abolere conjunctionem hu-

manæ societatis: neque jura & obligationes quæ ad ejus conjunctionem referuntur. nil opus argumentis. ipse id ostendit Christus, *Matthæi cap. 5. §. 17.* professus, se non venisse, ut legem dissolveret; sed ut impleret. est igitur ei negotium, intendere humanitatem aliquanto remissam falsis ac calumniosis fori interpretationibus; & quod adstringendo ejus vincula sit, hominibus commendare. nempe, ut faciles, ut benignos, ut æquos, se præbeant in contractibus, in judiciis, denique in omni vitæ colore; tantum quod paci facit quæ hominibus optima sit, & Deo gratissima, & sine benignitate ac facilitate haberi nequeat. vult igitur, homines contractibus, obligationibus, ac jure uti, sed non abuti: neque legis angustias sequi ad aviditatem aut malitiam explendam; sed legis rationem, ad utilitatem humanæ societatis respicientem, expulsa acerbitate atque avaritia; fere ad eundem modum, quo Seneca, lib. 2. *De ira c. 27.* ait, *Quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra publicas tabulas sunt?* Sic Seneca: etiam Cicero, lib. 2. *De officiis c. 18.* verba Ciceronis. *Convenit autem cum in dando munificum esse, tum in exigendo non acerbum: in omni re contrahenda, vendendo, emendo, conducendo, locando, vicinitatibus & consiniis, æquum & facilem; multa multis de jure suo cedentem: a litibus vero; quantum liceat, & nescio, an paulo plus etiam quam liceat, abhorrentem.* Est enim non modo liberale, paullum nonnunquam de suo jure decedere, sed interdum etiam fructuosum. habenda autem est ratio rei familiaris, quam quidem dilabi sinere, flagitiosum est: sed ita, ut illiberalitatis, avaritiæque absit suspicio. Vides egregia veteris sapientiæ præcepta, a naturali ratione, id est, divinis fontibus, profluentia, & ideo totius humanitatis communia. ea ubi commendat Christus, cum ait, *Mutuum date, nihil inde sperantes;* non tollit inter Judæos mutuum, id est, ut A. Gellius, lib. 20. *Noct. Attic. c. 1.* ait, *subsidium hoc inopia temporaria quo communis omnium vita indiget.* non etiam vult, ex mutuo actionem cessare: (quotus enim quisque esset mutuum daturus; si non esset habiturus repetitionem) sed vult, quod est humanæ societati consequens, & lex Mosaica intendit, ut Judæus erga Judæum, jure suo, sed benigne, utatur. prorsus, ut nomina facturum non diligenter in patrimonium & vasa debitoris inquirat. quod alioquin prudentis creditoris esse, scribit Seneca, lib. 1. *De benefic. c. 2.* etiam Plutarchus, *De vitando ære alieno.* verba sunt, *Egenopeccuniam nemo credit, sed iis qui sibi copiam aliquam parare volunt, testemque & sponsores habent, esse se quibus tuto mutuum committatur.* Sed & Ulpianus l. 42.

D. Mandati vel contra. verba Ulpiani, Tantumdem & sitibi mandavi, ut vires excuteret ejus cui eram crediturus, & renuntiaveris, eum idoneum esse. Johannes quoque Chrysostomus, Homilia 57. in cap. Matthæi 17. tom. 1. pag. 503. Quid enim difficilius quam scenerari & pro usuris vel hujusmodi commutationibus vehementer sollicitum vades querere, & modo de pignoribus, modo de sorte, nunc de tabulis, nunc de usuris, nunc de vadibus ipsis formidare? in his enim secularibus etiam subtilis fidejussionum securitas suscepta fragilis est. Sed eo, unde cœpit, redit interpretatio. dixi Christi sensum esse, oportere Judæum, si quem Judæum mutuo adjuvare possit, ei se paratum præbere, quamvis periculo sortis: hoc enim hominis & benigni & liberalis esse, cum illud morosi & duri sit. de utroque Seneca, epist. 119. verba Senecæ. Opus erit tibi creditore, ut negotiari possis, as alienum facias, oportet. sed nolo, per intercessorem mutueris, nolo, proxeneta nomen tuum jactent. paratum tibi creditorem dabo. Similiter si quod datum sit mutuum, recipi possit sine incommodo debitoris, voluit Christus, ut reciperetur; sin minus, noluit ut inhumane repetetur.

Habes Christi sensum, pulchrum & clarum: utique, si addam, eum, cum ait, *Mutuum date, nihil inde sperantes*, non proprie loqui; sed Hyperbole uti: non ut obtineat quod in re extremum sit: sed ut quod intra modum consistat, assequatur: ratione præcipiendi sapientibus usitata: quam Seneca indicat, lib. 7. *De beneficiis cap. 22. & 23.* cujus verba, etsi plura sint, adscripti; ut res elegans, nec satis observata, aliquanto conspectior sit. verba Senecæ *Errat tamen, si quis existimat, cum diximus eum qui beneficium dedit, oblivisci oportere, excutere nos illi memoriam rei præsertim honestissimæ, quædam præcipimus ultra modum, ut ad verum & suum redeant. cum dicimus, Meminisse non debet, hoc volumus intelligi, prædicare non debet, nec jactare, nec gravis esse. Quidam enim beneficium quod dederunt, omnibus circulis narrant. hoc sobrii loquuntur, hoc ebrii non continent: hoc ignotis ingerunt, hoc amicis committunt. Ut hæc nimia & exprobratrix memoria subsideret, oblivisci eum qui dedit, jussimus, & plus imperando, quam præstari poterat, silentium suavisimus. Quoties parum fiducia est in his quibus imperas, amplius est exigendum, quam satis est, ut præstetur quantum satis est. In hoc omnis hyperbole extenditur, ut ad verum mendacio veniat. itaque qui dixit.*

Qui candore nives anteirent, cursibus aurarum:

quod non poterat fieri, dixit: ut crederetur quantum plurimum possit. Et qui dixit,

*His immobilior scopulus, violentior amne, ne hoc quidē se persuasurum putavit, aliquem tam immobilem esse, quam scopulum. Nunquam tantum sperat hyperbole, quantum audet: sed incredibilia affirmat, ut ad credibilia perveniat. Cum dicimus, qui beneficium dedit, obliviscatur: hoc dicimus, similis sit obli-
lito: memoria ejus non appareat, nec incurrat. Cum dicimus, beneficium repeti non oportere, non ex toto repetitionem tollimus: sæpe enim opus est malis exactore, etiam bonis admonitore. Quid ergo? occasionem ignorantem non ostendam? necessitates illi meas non detegam, quare nescisse se aut mentiatur aut doleat? interveniat aliquando admonitio, sed verecunda, quæ non poscat, nec in jus vocet. Vides Hyperbolen quæ in docendo sapientes uti, dixi; eorumque exemplo Christum usum esse, quam cum non animad-*

verteret Augustinus; apparet, quid habendum sit de illo, Homilia 48. Quem quæris; unde crescat pecunia? Hominem quæris; qui quando accipit, gaudet; quando reddit, plangit; ut accipiat precatur; ne reddatur, calumniatur. Da quidem homini, & noli avertere faciem tuam ab eo qui mutuo petit, sed accipe, quantum dedisti: nam & beneficium perdidisti. Et si hoc ipsum quod daturus es, exigatur, forte ad manum non habet unde reddere possit: perculisti petentem, expecta non habentem. Noli clamare & dicere. Numquid scænus quæro? Tantum peto quantum dedi, hoc recipiam. Non es mentitus, verum dicis: non es scenerator, & vis cui dedisti quærat sceneratorem, ut tibi reddat. Sed si propterea scænus non exigis, ne te sceneratorem judicet Deus, premis, suffocas, exigis: si tantum exigis quantum dedisti, suffocando tamen & in angustis retinendo, beneficium non præstitisti, sed majores angustias intulisti. Sed forte dicis. Habet unde reddere possit. Habet possessionem, vendat. Frater tuus quando a te petit, ideo petit ne venderet, propterea non fecit, quia subvenisti, ne fieret. Hoc vult Deus, hoc jubet Deus.

Cæterum ut Christus inter Judæos non sustulit mutuum; sic inter eos & Gentiles non sustulit scænus: quia neque inter eos solvit legem quam Moses iis posuit ex jure Gentium. quin, cum sermo ei est de aliis, quam Judæis, neque improbat rationem augendæ rei familiaris per scænus: ut liquet ex Matthæo cap. 25. & Luca cap. 19. Adhuc igitur potuit cum Judæis, non invita Christi doctrina, scænus Gentili dare, & Judæo Gentilis seu extraneus; saltem, si civile esset, nec modum humanitatis egrediens, id enim ante licuit, non solum Gentium jure, sed & Moysis lege: quæ etsi scænus inter eos permisit, tamen peregrinum a Judæo opprimi vetuit; & necesse autem fuit, perdurare jus quod deinde mutatum non est. similiter dicendum est, his qui salutarem Christi sectam amplectuntur, hodie non prohiberi scænus; modo si ipsorum civili lege non improbetur: quia verum est, leges civiles quas reipublicæ Judaicæ posuit Deus, ad alias quarum alia sit utilitas, non pertinere. Quod si est; vereor, ne fugiat Ambrosium ratio, De Tobia cap. 14. cum in Romana republica & apud Christianos ita disserit, *Andistis sceneratores! quid lex dicat, de qua dixit dominus: Non veni legem solvere, sed adimplere. Quam dominus non solvit, vos solvitis? Item, Noli ab eo exigere amplius, a quo durum est repetere quod dederis, nisi cum habuerit, unde solvat.*

Verius & sapientius Imperator Justinianus, cum usuras suis Titulis servavit in Digestis & Codice: sed non effrenes, nec liberas; sed probabili modo ac sine circumscriptas, denique a tenore Juris Gentium & communi utilitate non alienas. ei sane rei quod melius adferam argumentum, quam usum, optimum legum censorem: qui usuras reduxit postquam Leonis Philosophi pater eas damnaverat; motus inani pietatis specie qua eum deceperat levior, quam deceret juris conditorem, cum humanarum rerum, tum sacrorum voluminum, contemplatio. sed non alio eventu, quam ut mox patris legem abrogare cogeretur filius; causatus, non modo non utilem, quod intenderat legislator, sed noxiam, fuisse Novella Leonis 83.

Illud vix est notatu dignum quod Accursius arbitratur, ad auth. adhuc C. de usuris, et

et si Antonius Faber, *ad l. 13. §. 26. D. de actionibus empti & venditi*, aut probat; aut non refellit, etiam Justinianum tandem piguisse usurarum *Novell. 131. c. 1.* ubi profiteretur, se Nicænæ decreta Synodi, ejusque dogmata, sicut sacras scripturas, ac-

cipere, & regulas, sicut leges, observare: nam, ut supra monui, ea Synodus usuras coercet non omnium hominum, sed Clericorum: quibus & alia Canonico prohibentur Jure, aliis hominibus non interdicta.

CAPUT XII.

Mores rigorem juris Canonici circa usuras inflexisse ad æquitatem juris Gentium, non omnino improbantibus ejus juris Interpretibus.

Potius addiderim, mores etiam Pontificias Constitutiones, quibus tam severe prohibitas fuisse usuras, supra monui, in potestatem suam rede- gisse: inventis verborum fraudibus, quibus, remisso juris rigore, res ad naturæ æquitatem reduceretur. ex multis unam aut alteram, exempli causa, attulisse contentus ero.

Homines, credita pecunia, ne quid contra Pontificias facerent Constitutiones, nec interim sterilem sibi esse sinerent pecuniam, cujus usum aliis indulgerent, non scenus, neque usuram, stipulabantur; (quippe quia pro officio sine alia justa causa credebatur dari, contra formam mutui quod natura gratuitum esse voluerit) sed stipulabantur, pecuniam sibi dari pro repensando damno quod pati, item pro lucro quo carere, videbantur, ob id quod utendam dedissent pecuniam. quod quia non ad officium, sed ad ejus quod interest, repensationem respiciebat, justissime defendi, Covarruvias scribit *lib. 3. Var. resol. c. 1. n. 2. vers. hinc. justissime.* addit quoque *c. 4. n. 5.* creditorem in ingressu contractus mutui posse cum debitore pacisci de eo quod sua non in damno tantum, sed in lucro quoque, intersit, etiam ante moram. eamque opinionem, licet quidam dissentiant, plurimum calculo firmari. nec abhorret ab hac sententia Hugo Grotius *lib. 2. De jure belli & pacis c. 12. §. 21.* ait certe, esse quæ ad usuræ speciem accedant, ac vulgo usuræ esse videantur; cum tamen sint pacta generis alterius. & exemplum ponit in conventionione de repensando damno quod faciat qui pecuniam det mutuam, eo quod diu pecunia careat: item de lucro ob mutui dationem cessante, deducto scilicet incerto spei & labore qui subeundus fuerit: sic etiam pro impensis ejus qui multis det mutuam pecuniam, & in hoc pararam habeat, & pro periculo amittendæ sortis, ubi idonee non caveatur. obtinuit igitur, conventionem de usuris distingui ab ea quæ ad id quod interest refertur: alteram Pontificio improbari Jure: alteram non æque. At sub colore ejus quod interest quid aliud, quam scenus usuræque vis ac potestas, comprehenditur? cum præsertim verum sit, usuram ac scenus non cum officio, ut ex adverso dicitur, sed cum usu sortis, permu- tari: et si fatear, ea inter extraneos agere, scenerata pecunia, quod in mutuo inter necessarios facit officium: sicut merces in locatione & conductione inter extraneos agit, quod in commodato aut mandato inter necessarios agit officium: nec idcirco quisquam dixerit, locata re aut opera, mercedem pro officio dari; sed pro usu rei aut operæ, sed hoc ex supra dictis apparet: simul, inani Juris interpretatione servari Pontificum verba, mentem ac sententiam circumveniri. quamquam nec sic adspirare potuit Jus Canonicum ad humanita-

tem Juris Civilis. potius sub ea fraude lucrum usuris invenit longe majus. Jure enim Civili usuræ non in infinitum permittæ fuere; ne sub specie quidem ejus quod interest: sed dumtaxat usque ad certum ac probabilem modum: ut infra demonstrabo *lib. 2. c. 3. §. 5. & 6.* cum contra æstimatione ejus quod interest, credita pecunia, Jure Canonico nullis finibus coerceretur: ut egregie observavit Carolus Molinæus *tract. commerc. & usurar. n. 75. & seqq.* & ante eum Andreas Alciatus *ad l. 121. D. de verborum significatione.* Id tamen ne liceret avaritiæ, placuit legibus moribusque regionum, etiam in hac parte humano generi consulere, positis finibus quibus æstimatione ejus quod interest, pecunia credita, circumscriberetur: auctore Hugone Grotio, *Introduct. ad jurispr. Batav. p. 3. c. 10. ad fin.* & Johanne a Sande *lib. 3. Decis. Fris. tit. 14. dis. 3.*

Fuit & alia ratio dissimulandæ usuræ sub imagine emptionis & venditionis, maxime adjecto pacto de retro vendendo: ecce, a me petis mutuam pecuniam, & ut accipias, non usuras offers ob Pontificiæ metum Constitutionis: sed cum habes fundum ex quo tanti quotannis sint redditus, quantæ usuræ creditæ pecuniæ; ais, velle, hunc vendere ea pecunia quam petieras mutuam: ita ut, quoties visum tibi fuerit, tibi jus sit, fundum redimere. emo, pretium solvo, fundum tradis, fructus percipio: redimis fundum, recipio pretium quod dedi, fructus quos interim percepi, retineo. estne usurarius contractus? non est: quia non est mutuum in quod proprie usura cadit; sed emptio venditio: ex qua fructus percipio, non quasi pecuniæ usuram, sed quasi fundi mei utilitatem: neque repetere possum sortem meam, et si restituere possis: tantum vindicandi fundi mei facultatem habeo, sic Ludovicus Molina, *De justitia & jure tract. 2. disput. 320. n. 4. pag. 121.* ex communi Doctorum sententia: addit præterea, Cajetanum recte admonere, eos qui a principibus aliquas civitates pignori accipiunt pro pecunia qua Principes indigent, si absque usuræ vitio, restitutionis- que onere, velint fructus earum suos facere, nec hos in sortem imputare, debere eas civitates ea pecunia emere sub pacto de retro vendendo, eaque via fructus jure suos facturos. Sic ille; nec male, quo ad juris subtilitatem. sed si rerum simplicitatem, denique, id quod agitur, putes: tu fueris sorte mea, ego fundo tuo: ne sterilis mihi fors sit; cum tibi utilis est. usurarius igitur contractus est; sed qui latet sed colore emptionis venditionis.

Idem dicendum de annuis redditibus qui ex permissu Martini v. & Calixti 111. *Extravag. comm. c. regimini, de emptione & venditione*, ex fundis vel ædibus certa pecunia solent emi sub pacto de retro

vendendo : ut præclare ostendit Jacobus Curtius, tom. 1. lib. 3. *Conjectur. c. 29.*

Quid, si Canonici Juris Interpretes etiam usuras, at modestas, exigi accipique posse existiment ? itane ? nihil verius. ubi ? quum mutuum non sponte creditoris, sed juris necessitate, contrahitur. exemplum est ; si subditi cogantur mutuum dare, mandante Principe, vel republica, ob sævitiam belli, pro alendis exercitibus aut præfidiariis militibus. quam ob causam ? quia non exitus fœnebris pecuniæ peccatum facit, sed voluntas mutuantis pecuniam sub improba spe usuræ, atque ea offendendi proximum : quæ nulla sit coacti mutuari. non enim vult is Principi mutuum dare pecuniam, atque ex ea usuras percipere cum læsione pietatis quam proximo debeat. nec igitur vult peccare contracto fœnore : sed a Principe, ut pecuniam credat, invitatus cogitur. potest igitur sine peccato ac reprehensione pro pecunia qua invitatus careat, usus pretium accipere. aliter, ac si sponte dedisset mutuum in quo usuræ prohibitæ sint. Sic post Vasquium, & Dominicum Sotonem, clare definit Andreas Gail lib. 2. *Prætic. observ. c. 5. n. 17. & 18.* & allegat *l. si quis nec causam 4. D. de rebus creditis, si certum petatur* : eamque notabilem vocat.

Idem censet Franciscus Hotmanus, *Disp. De fœnore c. 1. tom. 1. oper. pag. 794. col. 2.* si heres legatarii, aut tutor pupilli, aut socer generi, pecunia usus sit cum damno creditoris ; & causam adfert ; ea causa est, quod tum creditor petit suæ pecuniæ usum, quem debitor eo invito habuit. quid, si fœnerator mutuum dando & rem & ejus usum volens transferat in debitoris dominium ? contra cenlet Hotmanus : quia debitorem jam sua pecunia uti, se invito, queri non potest. & tamen, quod mireris, si quis in mutuo usuram stipuletur, adhuc ait Hotmanus *Disput. De usuris c. 6. pag. 769. tom. 1.* quoties quærit & captat occasionem faciendi lucri ex nuda pecunia quam alii mutuum dat, fœnerari proprie dici, qualique fœtum ex ipsis nummum corporibus captare, eumque esse quæstum quem & Aristoteles & omnes boni vehementer improbant. quoties vero neque propositum fœnerandi habet, (ut is de quo Ulpianus loquitur in *l. 4. D. Si cert. pet.*) & tu empturus prædia desideraveris mutuam pecuniam, si petat usuras quæ dumtaxat compensant damnum quod ea re percepit, dum caruit usu suæ pecuniæ, quoniam illæ non perunt ex ipsa pecunia fructum, sed quodammodo usum, aut certe usus pretium & æstimationem : neminem verum & intelligentem rerum æstimatorem eam petitionem improbatum. Verum ubi hic habet debitor usum pecuniæ creditoris, eo invito ? si fides Hotmano *d. Disput. De fœnore c. 1. p. 794. col. 2.* est copiosa ex superioribus responsio ; nam, cum creditor non sui commodi, sed debitoris juvandi, causa dat mutuum, idem esse opinatur, ac si invito ipso debitor ejus pecunia uteretur : scilicet, quia invitum hic accipimus, non solum qui vi adactus sit, sed eum etiam qui id non adpetat aut non adfectet : sed contra suum ipsius emolumentum, rei familiaris commodo repugnante, patiatur. nam neque pupillo omnino invito tutori ejus uti pecunia permitti *l. quoties 9. D. de admin. tut.* neque herede, ei legatario, cui usus pecuniæ ad certum tempus relictum est *l. 3. §. ult. D. de ann. legat.* satis esse enim, modo usuras creditor non ob suum solius quæ-

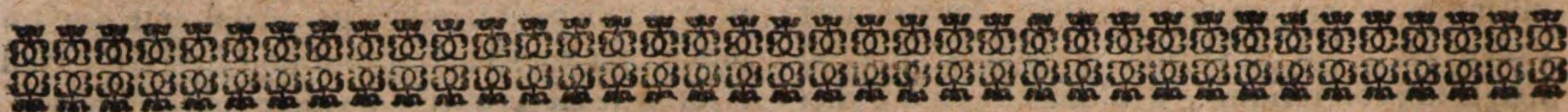
stum & lucrum petat, sed ad id damnum quod ea re percepit, quia usu suæ pecuniæ caruit, compensandum : invito igitur creditore fieri dici, cum aliter sese rem habere pro suo ipsius emolumento cuperet. ex quo ipso apparere, creditorem, cum usuram petit in mutuo, etsi usum quidem pecuniæ, ut in legato aut fideicommissio, aut ejus usus æstimationem non consequatur, cum tamen damni compensationem & id quod sua interfuit petat, rem ad se jure pertinentem petere. contra, fœneratorem qui sui lucri causa quærit cui det pecuniam, & chpere usu ejus carere, eumque alteri concedere, neque queri posse, sua interesse quod usu suæ pecuniæ, caruit, neque ullam damni compensationem petere. atque hanc quidem diligenter observandam esse differentiam, momentoque suo ponderandam ex *l. 4. D. Si cert. petat.* adeo enim odiosam esse causam ejus qui animo & proposito fœnerandi occasionem mutuo dandi pecuniam quærit : ut mutuum ab eo depositum, ejus tantum, non etiam recipientis, periculo pereat. Sic Hotmanus.

Sed nugas agit. discrimen certe quod & ipse & Gallius petit ex Ulpiano *d. l. 4.* numquam somniavit Ulpianus : non etiam putavit is, quod Hotmanus ait, odiosam esse ejus causam, qui fœnoris proposito occasionem mutuo dandi pecuniam quærit : multo minus voluit, eo odio fieri, ut mutuum, ab eo depositum, qui fœnerandi propositum habet, ejus tantum, non etiam recipientis, periculo sit. solum dixit, *si quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris credita nomine, antequam emisisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut si emisisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo esse ejus qui suscepit.* optima ratione. nam qui non habebat fœnerandi aut causam aut propositum, pecuniam deposuit in solius usum depositarii, atque hunc non statim capiendum, sed cum ei videbitur, emptis deinde prædiis, etsi autem depositæ rei periculum ad deponentem spectet, cum is habuit deponendi causam ob propriam utilitatem, ut plerumque fit : tamen hoc depositum depositarii periculo est ; quia deponens qui non habebat causam aut propositum fœnerandi depositam pecuniam, non potest intelligi, habuisse causam aut animum eam deponendi ad suam, sed ad depositarii dumtaxat, utilitatem. Non igitur debuit aut Hotmanus aut Gallius ab Ulpiano *d. l. 4.* petere discrimen aut odium quod ipse non vidit Ulpianus. ac si rem spectes, quid est, cur aut justior, aut minus odiosa, videatur usura ejus qui non habuit fœnerandi propositum, quam ejus qui habuit ? imo, quid ni qui habuit fœnerandi animum, & petenti pecuniam fœnori statim dedit, præferendus sit ei qui hunc animum non habuit ; & quidem fœnori dedit, sed non ante, quam diu multumque rogatus esset ? ille enim voluit sibi & alteri prodesse credita sub honesta mercede pecunia ; atque ultro se paratum præbuit : quod juri humanæ conjunctionis consequens est. iste contra noluit alteri prodesse, ne sub usuris quidem ; etsi jure gentium teneretur : sed ut vellent, non modo honesto illo & solito lucro, verum etiam precibus, diu multumque fatigandus fuit. Sed & illa disputationis pars qua *volens & invitatus* definitur creditor, tam manifeste a se dissidet, ut liqueat, vacillan-

cillantem sententiam non a ratione, quæ semper eadem est, sed ab errore, proficisci. an quid magis sibi contrarium, denique absurdius, dici potest? quam creditorem volentem contrahere, & tamen invitum appellari, non aliam ob causam, quam quod debitoris rogatu aut suasionem

ad contrahendum inducitur; cum ante causam aut propositum contrahendi non haberet? Sed difficile est, ut verum videat cujus animus superstitione tenetur.





GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DE
FOENORE ET USURIS
LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

Veterem solvendarum usurarum rationem plerumque menstruam fuisse, interdum annuam. non esse verum quod de dilatione, a Kalendis ad Idus dari solita, doctissimi dixerunt homines: nec id Horatium aut Ciceronem velle. vetus Inscriptio emendata, deque ejus intellectu qualis qualis conjectura.



Superiore libro quid fœnus aut usura sit, itemque, an jure probari possit, persequutus sum. sequente finem modumque ponam: is enim rem in medio positam demum honestam aut turpem efficit. sed prius attingam veterem promittendarum usurarum rationem.

Solet usurarum stipulatio plerumque non in singulos annos, sed in singulos menses, fieri. meminit Paulus l. 40. D. de rebus creditis, & l. 26. §. 1. D. Depositi vel contra, etiam Pomponius l. 90. D. de verborum obligationibus. nec hi tantum, sed & Ambrosius, De Tobia c. 12. sic scribens, Veniunt Kalenda, parit fors centesimam. veniunt menses singuli, generantur usurae. Et c. 3. his verbis. Et qui in summa subvenire se dicit, usuras exigit. Kalendis, inquit, usuras dabis: fœnus interim, si non habueris unde restituas, non requiro. Ambrosio addi posset Horatius Epod. Od. 2. vers. 70. § lib. 1. Sermon. Sat. 3. poscent alii.

Sed res nota est. æque, quod ab ea Kalendarium dicitur pro libro in quo usurae descriptae, Kalendis singulis exigenda solvendaque, apud Senecam lib. 7. De benefic. c. 10. & Kalendarium exercere l. 41. §. 6. D. de legatis lib. 3. pro fœnus exercere, vel nomina facere l. 64. D. eod. tit. item Kalendario servum præponere l. 41. D. de rebus creditis. Illud addam, hujusmodi Kalendaria non tantum privatorum, sed & civitatum, fuisse. testis Alexander l. 2. C. de compensationibus. inde curatio Kalendarii & quæstura inter personalia munera l. 18. §. 2. D. de muneribus & honoribus, & curator Kalendarii ex inquisitione eligi solitus, apud Papirium Justum l. 9. §. 7. D. de administratione rerum ad civitatem pertinentium. quamquam & a Principe electum esse, li-

quet ex Lapide, apud Gruterum pag. 446. Inscr. 7. cujus appolui verba.

P. OTACILIO. L. F. PAL. RVFO. PAT
III. VIR. I.D. TI Q FLAM. PERPETUO
DIVI. HADRIANI. AB. EODEM.
EQUO. PUBL.
HONORATO. CURATORI. KALEN-
DARI. R. P.
AECLANENSIVM. ELECTO. A.
DIVO. PIO
PATRONO. MUNICIPI

Hæc quo pertinent? nempe, ut intelligatur, quæ usurarum nomina sunt, non ad annuas, sed ad menstruas, pensiones referri. nec tamen ignoro, usuras singulis Kalendis debitas, non utique suis quasque Kalendis, sed sæpe universas unius anni annua die, solutas fuisse. sic sane acceperim quod de usuris, reipublicæ debitis, ita inquit Constantinus, Apud eos quos superstites integris facultatibus esse pervideris, vel quorum heredes incolumiaretinent patrimonium, sortes reipublicæ perseverare debent: ita tamen, ut annuas usuras suis quibusque temporibus exsolvant. l. 2. C. de debitoribus civitatum, lib. 11. tit. 32. Sed & sequens Marmor apud Gruterum pag. 175. Inscr. 4.

HOC. AMPLIUS. ARK. REI P. COL-
LEGII. S. S
DONUM. DEDIT. - X - V. UT. EX
USURIS
CENTESIMIS. EJUS. QUANTITATIS
QUAE. EFFICIT. ANNUOS. - X -
DC. DIE
VIII. KAL. OCTOBR. NATALI.
DIVI
AUGUSTI. EROGENTUR. EX.
ARK

Dicuntur collegio Centonariorum data esse a L. Sextilio Seleuco quinque denariorum millia: & hæc summa dicitur ex centesimis usuris quotannis parere sexcentos denarios; id est, de centenariis denariis singulis annis duodenos, sive singulis mensibus singulos. Non
igi-

igitur usurae, quæ erant singulis mensibus debitæ, utique singulis mensibus pendebantur: sed sæpe universæ unius anni sub finem ejus una pensione solvebantur. Et hinc factum aliquando fuit, ut usurarum stipulatio non quidem in singulos menses fieret, sed in singulos annos *l. 26. C. de usuris*: sæpe adjecta pœna, si quo anno usuras non solvisset debitor: quale exemplum est in *l. 17. D. de usuris*. Fuit quoque solitum, ut, si debitor intra vententem annum cessaret in solutione menstruarum usurarum, creditor anatocismum stipularetur, jure permittente; ut infra ostendam *c. xi*. Quod si qui duriores essent fœneratores, nec tamen anatocismum vellent, hi ut Kalendis singulis usurae sibi perolverentur, accurabant, tum enim & debebantur, & peti poterant: eoque jure usos esse, ex supra allegatis constat: etiam ex eo Senecæ, *De benefic. lib. 1. c. 2. Nemo beneficia in Kalendario scribit: nec avarus exactor ad horam & diem appellat*. Sed & multi in contrahendo fœnore hoc observabant, ut majores usuras stipularentur, si usurae, ad diem promissæ, ea die, aut alia, verbi gratia, post tertium mensem, non essent solutæ *l. 9. pr. & §. 1. l. 11. & l. 12. D. de usuris. l. 1. §. 3. D. de pignoribus & hypothecis*.

Id vero si est; vereor, ut assentiri possim Jacobo Cujacio, *Tract. 8. ad African.* in expositione *l. pen. D. de rebus creditis*, Lævino Torrentio, *ad Horatium d. loc.* Petro Pithæo *lib. 2. Adversar. c. 4.* Paulo Manutio, & Aufoniæ Popmæ, *ad Ciceron. lib. 14. Ad Attic. epist. 20.* aliisque ingenio & doctrina excellentissimis hominibus; cum existimant, factam quidem usurarum stipulationem fuisse in Kalendas, sed datam deinde debitori dilationem usque ad Idus; denique; ita solitum a creditoribus agi, ut quæ fœneraverant in Kalendas, Idibus rebus reciperent, & relegerent. nusquam enim hoc exstat: & contrarium superioribus exemplis probatur. Nec juvat eos Cicero *Catilinæ. 1.* sequentibus verbis, *Prætermittor ruinas fortunarum tuarum quas omnes impendere tibi proximis idibus senties*. Quid si enim Catilina Idibus acceperit fœnebre pecuniam, & ejus restitutionem Idibus promiserit? quamvis enim solerent pecuniæ Kalendis dari & repeti, tamen nil vetabat, si ita res ferret, eas aliis quoque diebus, verbi gratia, Idibus dari & repeti: & exemplum apud Scævola *l. 89. §. ult. D. de solutionibus*. nihil igitur ex eo Ciceronis loco elici potest quod ad hunc usum spectet: etsi meminerit ruinæ fortunarum Catilinæ, illis proximis Idibus metuendæ. Idemque habendum de illo Horatii *Epod. 2.*

*Hæc ubi loquutus fœnerator Alphius
Jam jam futurus rusticus,
Omnem relegit Idibus pecuniam:
Quærit Kalendis ponere.*

Tantum enim indicat, Alphium fœneratorem cui jam placebat vita rustica ex Horatii commendatione, mutasse consilium: & cum expectaretur, ut rus abiret, contra relegisse omnes usuras, sibi ex Kalendis debitas; quod cum factum esset Idibus, de-

inde non vitam rusticam cogitasse; sed opportunitatem pecuniæ, ne otiosa esset, futuris Kalendis rursus fœnori collocandæ. Non magis movere quem possit sequens Lapis, apud Gruterum *pag. 478. Inscr. 9.* cujus hæc verba sunt.

L. VAL. L. FIL.
GAL. FAVENTINO
II. VIRALI
QUI. ANNONA
FRUMENTARIA
EMPTA. PLEBEM
ADIUVIT. ET. OB
ALIA. MERITA. EJUS
COLLEGIA. KA
LENDARIUM. ET. IDUARIA. DUO
CIVIL. GRATISSIMO
POSUERUNT

Sic Gruterus edidit; sed mendose. scribe, QUI ANNONA, id est, QUIA ANNONA, geminata litera A: ut duplex sit positi monumenti causa; una, quod *annona frumentaria emptæ plebem adjuvit* L. Valerius Faventinus; altera, *& ob alia merita ejus*. Utrumque erit; putat V. CL. P. Pithæus *d. lib. 2. Adversar. c. 4.* ea in Inscriptione appellari *Kalendarios* qui fœnori ponebant publicam pecuniam; *Iduarios* qui relegabant, & quod de *Kalendaris* dicit, a vero non abhorret: sed quod de *Iduariis* dicit, ejus probationem quæro. nusquam enim extat, quamquam, quæ sint duo collegia *Iduaria*, nec ipse intelligo, quod si suspicioni locus sit in re obscura, quia laudatur Faventinus præsertim, quod *annona frumentaria plebem adjuvit*, forsan videri possint ea collegia esse eorum qui in municipio habebant curam pecuniæ alimentorum infirmæ ætatis ex plebe, aut annonæ populo præbitæ, quorum munerum meminit sequens Inscriptio, apud Gruterum *pag. 386.*

L. CASURIO. L. F
CLV. SPECULATORI
AED. IIII VIR. I. D. Q. ARC
PUBL. ET PEC. ALIMENTAR
DEFENSORI: R. P. CUR. ANN.
POPULO. o PRAEBITAE

Etiam Alexander *l. 3. C. de compensationibus*: cum ait, *In ea quæ reipublica te debere fateris, compensari ea quæ invicem ab eadem tibi debentur, is cujus de ea re notio est, jubebit, si neque ex Kalendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum, neque ejus, qui statutis sumptibus servit, neque fideicommissi civitatis debitor sis*. Illa tamen collegia *Iduaria* dici, non liquet. & contra *l. 2. C. Th. de curato-ribus Kalendaris* meminit *Kalendariorum*, tam *olearia arca*, quam *frumentaria*, quorum nomina, sed debita, non multo ante oratione ad Senatum missa, antiquata sint. Sed id Rescriptum ad urbem Romam respicit: ut Jacobus Gothofredus eo loci animadvertit: cum vetus Inscriptio ad aliquod pertinuerit municipium in quo aliam aut eandem ejusdem rei appellationem fuisset, quis dixerit, aut negaverit, in tanto Veterum silentio?

CAPUT II.

De nominibus usurarum. quid sit centesima usura, & unde dicta. eam alias appellari usuram assis. & cur? ingeniosa & probabilis Salmasii opinio de quodam Plinii loco. assis usurae partes esse minores usuras. quanta fuerit centesima Justiniani tempore, etiam post eum.

EX his quæ de vetere usurarum ratione dixi, porro non difficilis erit intellectus nominum quæ earum sint: sive de centesimis, sive de minoribus, quærat, placet autem, quod Vir Insignis, Hermolaus Barbarus, princeps animadvertit ex Columella, *De re rustica*, lib. 3. cap. 3. & deinde Antonius Augustinus lib. 2. *Emend. c.* 10. aliique eruditissimi probarunt homines, centesima, sive centesima usura, appellatione significari centesimam sortis partem; singulis mensibus usurae vice solvendam: ut cum (quod est Pauli exemplum l. 40. *D. de rebus creditis*) Publius Mævius in dies triginta inque denarios centenos stipulatur denarios singulos. Unum observandum, quod, cum centesimam dicunt Veteres, non insolens, neque plena, locutio est: non magis, quam cum centesimam dicunt, quæ est rerum venalium, aut vice-simam, quæ est hereditatum. nam utriusque frequens mentio, & in utraque subaudienda pars est; ut plena locutio sit centesima venalium pars, & vice-sima hereditatum pars, vectigalis nomine persolvenda: quod pulchre observavit Vir Summus, Johannes Fredericus Gronovius, præclaro opere, *De pecunia vetere* lib. 3. c. 13. Quid, si non centesimam simpliciter dicamus, sed usuram centesimam? ne adhuc quidem integer sermo est; etsi videtur V. CL. Claudio Salmasio, *De modo usurarum* c. 6. p. 227. & seqq. cum enim usura sit redditus qui ex usu pecuniæ percipitur; quæso, quis sensus fuerit, si quis dicat, centesimam usuram, sive centesimum redditum, nec præterea quidquam subaudiat: igitur & hic assentior Gronovio, V. CL. existimanti, contractum esse, sermonem; qui, ut integer fiat, ita supplendus sit, centesima sortis portio usura, sive centesima sortis portio usurae nomine singulis mensibus pendenda. Nec opus argumentis: rem demonstrat sequens Ambrosii locus, *De Tobia* c. 19. quem apposui, quia eum non attulit Vir Summus. verba Ambrosii. *Hæc pecunia usuram habet: non ut centesimam ejus quod dederis portionem, sed centuplum ferat fructum.* Clare significat Ambrosius, centesimam non indicare centesimam usuram, quod voluit Salmasius: sed ejus quod dederit creditor, centesimam partem, pro usura solvendam singulis mensibus. id enim intendit Ambrosius, & apparet ex c. 12. ejusdem libri: ubi, *Veniunt, inquit, Kalendæ, parit sors centesimam. veniunt menses singuli, generantur usurae.* Idem probat Harmenopolus, *Promptuar. lib. 3. tit. 7.* his verbis. *Centesima usura est, cum ob centum nummos toto anno duodecim præstantur, propterea quod pro centum nummis unus quoquo mense nummus detur, qui si cum universis centum conferatur, omnino centesimam habet rationem. unde & jure hujusmodi usura centesima dicta est.* Dicuntur igitur usurae centesimæ: quia creditori singulis mensibus reddunt centesimam sortis partem, id est, de centenariis nummis nummos singulos, sive duodenos annuos; finge,

de quinque millibus denariorum sexcentos annuos, in *Inscriptione* quam superiore capite attuli ex Grutero pag. 175. Unde consequens est, ut hæc centesimæ centesimo mente, id est, spatio octennii, additis quatuor mensibus, sortem æquent. Sidonius Apollinaris lib. 4. *Epist. 24.* id spatium vocat *bilustre* rotundo numero, his verbis. *Ut chirographo facto docetur, tanta centesima est fœneratori quæ per bilustre producta tempus, modum sortis ad duplam adduxit.* Sidonius *lustrum* appellat spatium quatuor annorum: etsi proprie sit quinque. *lustrum* enim dicit pro *olympiade*: ut sæpe Veteres. *olympias* autem annis quatuor circumscribitur: nec opus est, ut quintus quoque effluerit: sed sufficit, si incæperit. quod bene annotavit Andreas Alcivius, lib. 3. *Disputat. c.* 1. & aliquanto plenius Josephus Scaliger lib. 5. *De emendatione temporis*, pag. 282. item Eduardus Simsonius *Chronic. Catholic. part. 3 ad A. M.* 3229. pag. 41. Errant igitur Jacobus Sirmondus & Johannes Savaro, *Notis, ad Sidonium*, etiam Jacobus Cujacius, *ad Novell.* 160. cum *tempus bilustre* apud Sidonium exponunt decennium, & hoc summam sortis non æquari, sed superari: Sidonium tamen excurrentis supra duplum summæ rationem non habuisse, quod sciret, usuram communes supra duplum nec deberi, nec exigi posse.

Est & hoc probabiliter traditum ab eruditissimis hominibus, quod centesima alio nomine appellata fuit *usura assis* a vetustissima pecunia qua usus fuit Populus Romanus: quæ pecunia fuit as libralis, sive libra æris, primum rudis, mox signati lege Servii Tullii, utique usque ad bellum Punicum primum. tum enim constitutum fuisse, ut asses sextantarii ferirentur, Plinius auctor est, lib. 33. *Nat. hist. c.* 13. etsi Festus, in verbo, *sextantarii asses*, id bello Punico secundo factum scribat. quem ejus errorem ad Plinium animadvertit Harduinus, vir diligens & doctus. ante igitur quia tantum as libralis obtinebat, si quis centum assibus fœnori datis, centesimas stipularetur, in singulos mentes singulos asses stipulabatur: nam hi erant centesimæ sortis partes. quod si non centesimas sibi dari vellet, sed minores usuras: non poterat eas aliis nominibus, quam partium assis, stipulari: quia populus alia pecunia, quam illa, non utebatur. Habes rationem inventæ assis usurae. argumenta ejus appellationis quæris. indicant eam partes centesimæ, sive minores usurae: quæ nihil aliud quam assis, seu libræ, divisionem continent. certe Scholiastes Græcus, lib. 38. *Basilic. tit.* 17. ad l. 2. C. de *usuris pupillaribus*, tom. 5. pag. 189. inquit, *Centesimam dividunt in XII uncias.* ac sicut tertia centesimæ pars legitur l. 17. §. ult. D. de *usuris*, l. 26. §. 1. C. eod. tit. l. ult. §. 1. C. eod. tit. l. ult. §. 2. C. de *jure dotium*, & usura ex quarta centesimæ parte l. ult. C. de *petitione hereditatis*, & dimidia centesimæ pars, item bes centesimæ d. l. 26. §. 1. sic

sic dicuntur usurae unciae l. 47. §. 4. D. de administratione tutorum, quadrantes l. 21. D. de annuis legatis, trientes, apud Ciceronem lib. 4. Ad Atticum epist. 15. l. 7. §. 10. D. de administratione tutorum, quincunces, apud Persium, sat. 5. d. l. 7. §. 11. l. 17. D. de usuris. l. 102. §. 3. D. de solutionibus, semisses, apud Plinium lib. 14. Nat. hist. c. 4. d. l. 17. §. d. l. 102. §. 3. besles, apud Ciceronem, d. lib. 4. epist. 15. deunces, apud Persium d. sat. 5. ea vero quid sunt, nisi nomina partium assis usurae? unde *semissales* apud Modestinum l. 10 D. de pollicitationibus. ipsa tamen vox *assis usura* nusquam exstat: nisi quod Salmasius, De modo usurarum cap. 7. pag. 269. eam restituit in illo Plinii, lib. 10. Epist. 62. Pecunia publica, Domine, providentia tua, & ministerio nostro etiam exacta sunt & exiguntur. qua vereor, ne otiosa jaceant. nam & praediorum comparandorum aut nulla aut rarissima occasio est, nec inveniuntur qui velint debere reipublicae, praesertim duodenis assibus, quanti a privati mutuuntur. Sic vulgo legitur. sed Salmasius scribit, *usuris assibus*. ingeniose & vere: etsi malim simpliciter, *praesertim assibus*, quanti, sine adjectione verbi *usuris*: quomodo apud Ciceronem, lib. 5. Ad famul. epist. 6. Bonis semissibus magna copia est; pro, *semissibus usuris*. nec tamen negem, *semisses usuras* recte & saepe dici: ut d. l. 10. D. de pollicitationibus. l. 102. §. 3. D. de solutionibus. l. 34. D. Mandati.

Sed ut hoc agamus: cum centesima, sive assis usura, singulis mensibus de centenis nummis reddat nummum unum, id est, singulis annis duodenos nummos: apparet, uncias usuras esse, cum centeni nummi singulis mensibus pariunt duodecimam nummi partem, id est, singulis annis nummum unum, sextantes usuras, cum centeni nummi singulis mensibus producant sextam nummi partem, id est, singulis annis nummos binos. quadrantes usuras, cum centeni nummi singulis mensibus lucrantur quartam nummi partem, id est, singulis annis nummos ternos. quod Theophilus recte observat ad §. 33. Inst. de actionibus. trientes usuras, cum centeni nummi singulis mensibus reddunt tertiam nummi partem, id est, singulis annis quaternos nummos. itaque computat Scholiaestes Græcus, Basilic. lib. 41. tit. 5. tom. 5. pag. 410. ad l. 3. §. ult. D. Ad legem Falcidiam. quincunces usuras, cum centeni nummi singulis mensibus reddunt partem nummi tertiam cum duodecima, id est, singulis annis nummos quinos: ut bene Scholiaestes Græcus, ad l.

2. C. de usuris pupillaribus lit. B. Basilic. lib. 38. tit. 17. pag. 188. tom. 5. semisses usuras, cum centeni nummi singulis mensibus pariunt nummum dimidium, id est, singulis annis nummos senos. quod recte notat Theophilus ad d. §. 33. & Harmenopolus, lib. 3. Promptuar. tit. 7. in scholio.

Sic quidem olim fuit. at postea aliquatenus mutata res est: nam aucta centesima uno semisse centesimæ menstruæ, sive semuncia annua: salvo tamen centesimæ nomine. finge, centum solidos mutuos dados, ex his centesimas deberi: debebuntur, vertente anno, non duodecim solidi, ut olim; sed duodecim cum dimidio, id ostendit Anianus, sive quicumque alius fuit Vetus Interpres l. 2. Cod. Theod. de usuris: dicens, centesimam esse, cum tres filiquæ in anno per solidum solvuntur pro usuris: filiqua autem est quarta & vigesima solidi pars: ut Isidorus docet lib. 16. c. 24. igitur centum solidis creditis sub usuris centesimis; vertente anno, tres filiquæ de singulis solidis reddunt ex centum solidis trecentas filiquas, id est, duodecim solidos cum dimidio quam computationem sequutus videtur Justinianus Novell. 34. & Leo Novell. 83. Nisi malis, quod visum Antonio Contio lib. 2. Subsecro. Lektion. c. 2. n. 8. Theodosiani Interpretem Codicis, cum tres filiquas in anno per solidum computavit, rotunde potius, quam vere, centesimam usuram expressisse; sicut & Justinianum, cum unam filiquam in anno per solidum pro triente dixit. quod non puto. nam & post Justinianum aucta centesima: ut testatur Harmenopolus, Promptuar. lib. 3. c. 7. scholio. his verbis. Tertia quidem centesima est, cum pro libra quatuor aurei nummi fœnoris nomine quotannis penduntur. dimidia, centesima, cum sex. Quare & quarta centesima, cum terni pro libra nummi pensitantur. Centesima siquidem usura in singulas libras duodenos exigit nummos. Caterum qui fiat, ut centesima nominentur usura, etsi libra non centum sed LXXII. tantum aureos complectatur, hinc intelliges quod centesima quantitatem significat qua possit in duodecim partes distribui ac redigi. donatum est autem centesima nomine id quod duodecim partes complectitur, propterea quod priscis temporibus qui centum alicujus generis res haberent, ex his duodecim in commune conferebant. Et hac quidem ita apud veteres reperiuntur. Nos vero ut nunc fieri videmus, ita quoque de his dicimus.

* *

CAPUT III.

Ante Justinianum fuisse certum usurarum modum; eumque ex partium conventionem potuisse ad centesimam adscendere. centesima in stipulationem deducta, iudici non fuisse jus, eam regere pro more regionis. usura modum non potuisse egredi centesimam. usuram centesimam dici maximam & legitimam. quæ modicæ, civiles, modestæ, minimæ, usurae. Capitolinus explicitus, & Papinianus l. 1. §. pen. D. de pignoribus & hypothecis.

Exposui nomina usurarum. nunc modum videamus. nam ejus meminit l. 9. & l. 29. D. & l. 20. C. de usuris. l. 11. §. 3. D. de pignori Operum Tomus I.

neratitia actione. de eo vero sic censeo, licuisset fere unicuique, ante Justinianum, stipulari usuram centesimam: nisi quod Alexander Seve-

Q

Severus (auctore Lampridio, in eius vita c. 26.) *usuras fœneratorum traxit ad trientes pensiones, etiam pauperibus consulens.* Sed hæc qualiscumque Alexandri Constitutio, si quandoque fuit, quod vix credo, usu recepta non videtur, resistantibus moribus. adeo ejus neque vola, neque vestigium, est in toto Juris Corpore; verumque est quod dixi, ante Justinianum licuisse unicuique, stipulari usuram centesimam. Huic rei argumentum præbet Justinianus l. ult. C. de usuris rei judicata: in qua cum ait, se Constitutione sua (quæ est l. 26. §. 1. C. de usuris) usuras fecisse minores centesimis; ostendit, usuras ante potuisse ad centesimas excrecere. Nectantum hoc probat Justinianus; sed amplius Imppp. Valentinianus, Arcadius, & Theodosius, l. 2. C. Theod. de usuris, testantur, centesimam fuisse jure permissam. addo, Chrysostomus, nam huc alludit, Homil. 57. in cap. Matthæi 17. tom. 1. pag. 507. cum sic ait, *Hic vix centesimam partem reddit, ille centuplum & vitam eternam.* Jam vero Plinius lib. 10. Epist. 62. ad Trajanum scribit, se vereri, ne pecuniæ publicæ exactæ otiosæ jaceant: & pro ratione addit; *Nec inveniuntur qui velint debere rei publicæ præsertim assibus quanti a privatis mutantur.* sicut enim legendum, assibus; etsi vulgo scribatur, duodenis assibus: ut supra monui. Licuit igitur privatis Trajani tempore, pecunias credere sub usuris assibus sive centesimis. idem Plinius, lib. 9. Epist. 28. Proinde prima quaque occasione mitte, appositus quidem usuris, quas ego (num parcius possim?) centesimas computabo. Paulus quoque noster l. 40 D. de rebus creditis refert, lectam fuisse in auditorio Aemilii Papiniani, Præfecti prætorio, cautionem: in qua ex mora promissæ essent usuræ centesimæ, hac forma, *Si die supra scripta summa Publio Mævio, eive ad quem eares pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius quo post solvam, pœna nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius, spondat ego Lucius Titius.* Nec hoc tantum, sed præterea ait Paulus, Papinianum de ea cautione jus dixisse causa cognita idque jus fuisse, etiam Sidonius Apollinaris testatur lib. 4. epist. 24. ne quis putet, centesimis in stipulationem deductis, Judicis officium fuisse, usurarum modum ex æquitate regere pro more regionis. id enim non est ita; quamquam quibusdam videtur ex l. 1. D. de usuris: sed ea hoc non vult. non enim loquitur de usurarum stipulatione, de qua hic noster sermo est: sed de usuris, officio Judicis præstandis in judiciis bonæ fidei, de quibus paulo dicam post.

At quemadmodum usuræ potuerunt ad centesimam adscendere: sic hanc egredi non potuerunt. eum certe modum Cicero etiam se, cum Ciliciæ præesset, in Edicto tralatitio proposuisse refert lib. 5. Ad Attic. epist. ult. his verbis. *Interim cum ego in edicto tralatitio centesimas me observaturum haberem, cum anatocismi anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas. quid ais? inquam. possumne contra meum edictum.* Sic Cicero. idem ante Lucullus edixit; si quidem fides Plutarcho, in vita ejus pag. 504. tom. 1. Verba ejus. *Eas pestes cum Lucullus in oppidis reperisset, omnibus brevi lajos vindicavit.* Primum centesimam usuram, nec supra præcepit duci. deinde eas quæ sortem excessissent, circumduxit. Eumdem modum indicat Paulus lib. 2. Sent. tit. 14. §. 1. cum sic scribit, *Usura supra centesimam soluta sortem minuit, & consumpta sorte repeti possunt.* Paulus ostendit, usuras posse exi-

gi & solvi usque ad modum centesimæ: ultra non posse; & si solutæ sint supra eum modum, sortem minuere; hac quoque soluta, posse repeti. Paulo addo Dioeletianum & Maximianum l. 8. C. *Sicertum potatur.* Quid illi? Si pro mutua pecunia quam a creditore pescebas, argentum vel jumenta, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra centesimam usuras stipulanti spondesti: tamen fors quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Sic habet exemplar Haloandrinum, & complures manuscripti codices. in quibusdam aliis est, (summa) tantum recte petitur, aut legitima quantitas. sed magis ad verum accedit prior lectio; ut jam recte annotavit Ruffardus, Notis marginalibus. Sensus autem, quod creditor potest repetere sortem, utriusque consensu æstimatam; & præterea usuras, sed tantum legitimas, sive centesimas. Idem probat Constantinus l. 1. Cod. Theod. de usuris: *Pro pecunia (inquiens) ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* Idem statuunt Imppp. Valentinianus, Theodosius, & Arcadius l. 2. Cod. Theod. eod. tit. imo volunt, ut quicumque ultra centesimam jure permissam aliquid sub occasione necessitatis cruerit, quadrupli pœna obligatione obstrictus, sine cessatione, sine requie protinus ablata redhibeat.

Potuit igitur usura usque ad centesimam promitti exigique: ultra non potuit. id vero quia placuit civili jure, ideo usura centesima usura legitima appellatur d. l. 8. C. *Si certum petatur:* & quia nulla major erat: ideo quæ legitima est l. 7. §. 4. & 10. D. de administratione tutorum, l. 3. C. *Arbitrium tutela*, maxima & gravissima vocatur d. l. 7. §. 8. & l. 54. D. de administratione tutorum, l. 38. D. de negotiis gestis: ut egregie observavit V. CL. Barnabas Brissolius lib. 3. Select. antiquit. c. 1. Contra semissis usura Plinio civilis & modica dicitur lib. 14. Natural. histor. c. 4. quincunces vero levioribus annumerantur Ulpiano d. l. 7. §. 10. Persio modestæ appellantur Sat. 5. vers. 149. idem de trientibus Ulpianus d. l. 7. §. 10. quas Capitolinus, Antonino Pio c. 2. minimas vocat: quamquam non quod omnium sint minimæ: quomodo hunc locum accepit Vir Egregius, Claudius Salmasius, De modo usurarum c. 2. pag. 286. & seq. Cum certum sit, quadrantes & sextantes & uncias esse leviores; taliumque meminerit Ulpianus d. l. 7. §. 10. & l. 21. §. 4. D. de annuis legatis: sed minimas eas dicit Capitolinus, quod sint valde parvæ: comparatione facta cum centesimis aut deuncibus aut Bessibus: & locutione apud Veteres usitata: apud quos superlativus gradus non utique ultimum significat excessum; sed sæpe nihilo plus, quam positivus, ut observavit Sanctius, Minerva lib. 2. cap. 11. & ibi in notis Vir plurimæ & præstabilis eruditionis, Jacobus Perizonius, Collega & amicus meus a multis annis.

Ex his porro intelligi potest Papinianus l. 1. §. penult. D. de pignoribus & hypothecis, cum sic ait, *Pactum placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitima usura, quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore fœnore non soluto, legitima majores stipulanti recte promitti potuerunt.* Species hæc est. Creditor in diem certum stipulatus minores usuras, verbi gratia, quincunces, vel trientes: & hypothecas accepit in securitatem debiti: tum con-

venit

venit, ut si debitor die dicta non solveret minores usuras, creditor fructus hypothecarum compensaret fini, id est, ad modum, usurae legitimae, quae est centesima & maxima; ut dixi. quaeritur, an valeat pactio? & ait Papinianus, valere; & addit rationem, nempe, quod stipulatio legitimarum, id est, centesimarum, usurarum facta sub conditione, si minores, id est, quincunces vel trien-

tes, ad diem non solvantur, valet: si autem hoc est; sequitur, ut valeat etiam pactio, concepta ad eandem formam. quamvis enim nulla usurarum petitio sit ex nudo pacto: erit tamen ex eo sive hypothecarum, sive fructuum, retentio fini legitimae, id est, centesimae, usurae.

* *

C A P U T IV.

De vario usurarum fato in republica Romana, & quo jure definitus sit earum modus.

Sed apparet, legitimam usuram esse centesimam; & hanc sic appellari; quia is modus sive Lege, sive Senatusconsulto, sive Constitutione, sive Edicto, definitus est. nam haec omnia Legis appellatione continentur. Quo autem jure intra centesimam sit cohibitus usurae modus, difficilis res est conjectura. Scio, sunt qui ad XII. Tabulas referant, propter haec Taciti verba ex lib. 6. *Annal. c. 16. Primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium ageretur.* Sed pessime, unciarium enim faenus Tacito non est usura centesima; sed ejus pars duodecima; siquidem uncia in unciario faenore est centesima, id est, assis usurae. adeo inter unciarium faenus & usuram centesimam tantum interest, quantum inter faenus gravissimum & levissimum. nam cum usura centesima singulis mensibus de centenariis denariis reddat partem centesimam, sive unum denarium, & anno vertente duodenos, contra unciarium faenus de centenariis denariis, singulis mensibus, reddit duodecimam denarii partem, id est, vertente anno, unum denarium. non igitur potest legitima, id est, centesima, usura duodecim Tabulis imputari. eo minus; quia nec diu valuit ea lex: quippe iussa A. V. C. 302. & jam oblitterata tempore Manlianæ seditionis. in qua clamat debitor, apud Livium lib. 6. c. 14. *Se militantem, se restituentem everfos penates, multiplici jam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem usuris, are alieno obrutum faenore esse.* qui autem potuit fieri, ut idem multiplicem sortem solveret, mergentibus semper sortem usuris, si adhuc unciarium, id est, levissimum, faenus fuit ex lege XII. Tabularum? quod si dicimus, eam legem tum in desuetudinem abiisse, maximasque pro minimis usuras irrepisse, fieri optime potuit. atque id factum fuisse, vel hinc intelligi potest, quod deinde Livius lib. 7. c. 16. scribit, C. Marcio, C. Manlio, Consulibus, perlatam esse a M. Duilio, & L. Mænio, Tribunis plebis, rogationem, haud lætam patribus, de unciario faenore; & plebem aliquanto cupidius eam scivisse, accepisseque. Sed & Tacitus perhibet d. loc. *Dein rogatione tributaria ad semuncias redactam versuram.* factumque hoc A. V. C. 406. id est, T. Manlio, C. Plautio, Consulibus, Livius auctor est lib. 7. c. 27. imo ait Tacitus d. loc. *Postremo vetita versura.* nempe lege Genucia quam ad plebem tulit Genucius, Tribunus plebis, A. V. C. 411. id est, C. Marcio Rutilo, & Q. Servilio, Consulibus: ut Livius refert d. lib. 7. c. 42. Sed hanc legem circumvenit fraus faeneratorum: quam A. V. C. 60. L. Cornelio Merula, & Q. Minucio Thermo, Consulibus, detectam & coercitam fuisse, narrat Livius lib. 35. c. 7. his verbis. *Instabat enim cura alia, quod civitas faenore laborabat:*

*& cum multis faenebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inerat, ut in socios qui non tenerentur us legibus, nomina transcriberent, ita libero faenore obruebant debitores. Cujus cernendi cum ratio quaeretur, diem finire placuit, Feralia quae proxima fuissent: ut qui post eam diem socii civibus Romanis credidissent pecunias, profiterentur: & ex ea die pecunia credita, quibus debitor vellet legibus, jus creditori diceretur. Inde posteaquam professionibus detecta est magnitudo aris alieni per hanc fraudem contracti M. Sempronius, Tribunus plebis, ex auctoritate patrum plebem rogavit: plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine Latino pecunia credita jus idem, quod cum civibus Romanis, esset. Ex his verbis intelligimus, lege Sempronia fuisse factum: ut, cum ante tantum cives tenerentur lege Genucia, deinde etiam socii Latini tenerentur. Sed nec ita plebs quod agebat, obtinere potuit: sive quod pecuniae incrementum deinde non sub antiqua faenoris appellatione peteretur, quod lex prohibebat. sed sub novo usurae vel poenae nomine, neque lege prohibito, neque ante cognito, saltem ea significatione; ut alibi dixi: sive quod debitores in contrahendo faenore legis beneficio renuntiarent; cum nollent creditores, iis pecunias credere; nisi caverent, non usuros se lege Genucia: hoc vero cum jure facere viderentur debitores; (quippe de jure suo & privata utilitate paciscentes) facile factum fuit, ut Praetores legis negligentia caperet. Ac nescio, an hoc aut simile indicet Tacitus d. loc. cum tandem sic ait, *Multisque plebiscitis obviam itum fraudibus quae toties repressa, mitas per artes rursus oriebantur.* Tangit & Appianus, lib. 1. *De bellis civilibus*, his verbis. *Per idem tempus (id est, A. V. C. 664. quo Consules fuere Cn. Pompejus Strabo & L. Porcius Cato) & in urbe, ob as alienum exorta est seditio, dum quidam acerbius usuras exigunt, contra quam cautum esset antiquis legibus. videntur enim illi prisca Romani, sicut & Graeci, abhorruisse a faenore, ut negotiatione molesta pauperibus, & litium inimicitiarumque materia: qua res ne Persis quidem placuit, ut non aliena a fraude ac mendacio. sed quia veteri jam more faenus receptum fuerat, faeneratores reposcebant id jure suo: debitores vero bellum & seditiones causando differebant reddere: nec decrant, qui urgentibus multam intentarent. Tum Asellio Praetor cujus erat ea jurisdictio, quia conciliare partes conatus, nihil proficiebat, permisit eos legibus agere, admonitis prius, ut in re perplexa, tum de jure, tum de more iudicibus. Ibi faeneratores agre ferentes renovari mentionem legis veteris, Praetorem tollunt e medio.**

Cæterum, receptis usuris, cum iterum sine modo, tantum pro locupletium libidine, exerceretur fœnus, puto, Prætores primum Edictis suis centesimas approbarunt, majores improbarunt. Cicero certe *lib. 5. Ad Attic. epist. ult.* ita in provinciali Edicto, & tralatitio, fuisse, seque id, cum Ciliciæ præesset, sequutum refert, idemque de Lucullo, *in ejus vita*, testatur Plutarchus. Prætorum institutum porro firmatum videtur Senatusconsulto cuius idem meminit Cicero *d. lib. 5. epist. ult.* sic inquit, *Præsertim cum S. C. modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, ut centesima perpetuo fœnore ducerentur.*

Habes initium legitimæ usuræ centesimæ: ut quidem mihi videtur. nam aliis placet, eum modum legi Gabinia expensum ferre: eaque cautum esse, ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur: præterea hac vetitum esse, jus dici ex syngrapha qua promissæ essent usuræ majores centesima. addunt, ea positam esse pœnam cum adversus fœneratores qui acciperent usuram supra modum lege definitum, tum adversus debitores qui usuram supra modum darent idque a Cicerone indigitari *d. epist. ult.*

Sed male. non enim hoc vult Cicero; sed lege Gabinia obtinuisse, ne quis Legato provinciali Romæ sub usuris daret mutuam pecuniam: & si dedisset, ne quis Magistratus ex ea syngrapha jus diceret, videtur etiam posita esse pœna, cum adversus fœneratores qui usuram a provincialibus contra legem acciperent, tum adversus provinciales qui darent. Exposui sensum legis Gabinia: deinde factum accipe quod Cicero refert. id factum tale est. Salaminii cum Romæ desiderarent pecuniam mutuam: nec quis auderet iis credere contra le-

gem Gabiniam: tandem promiserunt Scaptius & Matinius, se daturos quaternis centesimis: modo, si per Senatum lege Gabinia solverentur. fit Senatusconsultum auctoritate Bruti apud quem gratia valebant Scaptius & Matinius. eo Senatusconsulto cautum fuit, ne ea fœneratio aut Salaminii aut fœneratoribus fraudi esset. pecuniam numerant Scaptius & Matinius: sed deinde animadvertunt, se hoc Senatusconsulto quidem adjuvari; si Salaminii ultro reddant sortem cum usuris: sed si nolint, & inviti cogendi sint, eo nihil adjuvari; quod lege Gabinia non modo vetitum esset, Romæ provincialibus pecuniam fœnori dare; & his accipere: sed etiam Magistratibus esset vetitum, ex tali syngrapha jus dicere. impetrarunt igitur auctoritate Bruti alterum Senatusconsultum; quo hæc syngrapha jubebatur esse eodem jure quo syngraphæ quas unicuique in provincia per leges facere liceret: his vero ex Edicto tralatitio non nisi centesimæ ducebantur. ita Ciceroni licuit, servare Edictum suum, & non morari usuras in syngrapha expressas. Unde apparet, errare doctissimos homines; cum modum centesimæ legi Gabinia imputant; & ad id ntuntur eo Ciceronis loco: cum neque lex Gabinia de centesima locuta probetur; neque id Cicero dixerit. quod præclare animadvertit Vir Summus, Johannes Fredericus Gronovius, *Antexegeſi 2. de centesim. & unc. usur. §. 36.*

Sic quidem libera republica. at mutata, usuris etiam Principum Constitutionibus positum esse hunc modum, verisimile est: meminitque earum Papinianus, apud Ulpianum *l. 13. §. 26. D. de actionibus empti & venditi*, & Imp. Philippus *l. 20. C. de usuris.*

CAPUT V.

De modo usurarum quæ in bonæ fidei judiciis officio judicis præstantur sine conventionione. eum modum ex æquo & bono finiri: ac plerumque regi more regionis, ubi contractum est: interdum hunc excedere, atque etiam centesimam attingere: & in quibus causis. Ulpianus l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra correctus, improbata Jacobi Cujacii disputatione. l. 17. C. de locato & conducto explicita, an emendata.

ATque hæc de usuris ex conventionione præstandis. superest, ut videamus de his quæ sine ea officio Judicis debeantur. de his ita Papinianus *l. 1. D. de usuris. cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur: ita tamen, ut legi non offendant.* Papinianus dicit, *legi offendere*: sicut Ulpianus, *prospectui offendere l. 15. D. de servitutibus prædiorum urbanorum.* vult autem Papinianus, usuras in bonæ fidei judiciis, etsi nulla intervenerit conventio, deberi Judicis officio: at non mero, sed habita ratione moris regionis in qua contractum est. & ita in his constitutum esse, Ulpianus refert *l. 37. D. de usuris.* idemque in legatis jus esse *l. 39. §. 1. D. de legatis lib. 1.* Dum tamen legi non offendant. ita in *d. l. 1.* addit Papinianus. (nam ejus est ea adjectio, etsi videri possit esse Triboniani, ex *l. 26. §. 1. vers. Nec liceat C. de usuris.*) indigitat autem Papinianus, non magis Judicis potestatem, quam stipulationem, centesimas egredi posse: quia neutra debet offendi lex quæ usuras coercet intra

modum centesimæ. Sed an utique ad centesimam adscendet Judex? nec hoc facile dixerim: quia centesima, etsi legitima esset, tamen (si Senecam audimus *lib. 7. De beneficiis c. x.*) sanguinolenta habebatur: nec omnium erat, sed acerbissimorum, aut certe ditorum, fœneratorum: ut quidem Cicero opinatur *lib. 6. Ad Atticum epist. 1.* & ex eo Seneca *epist. 118.* idemque de deuncibus dicemus. nam & has avidas vocat Persius *sat. 5. vers. 150.* jubetur autem Judex in bonæ fidei judicio non summum jus, sed humanitatem, sequi: neque creditoris aviditatem fovere; sed ex æquo & bono æstimare quantum ei dari oporteat. atque hoc in bonæ fidei judiciis circa usuras constitutum esse, Ulpianus auctor est *l. 12. §. 9. D. Mandati vel contra.* adjudicabit igitur Judex usuras ex more regionis *d. l. 1. & d. l. 37. D. de usuris.* Sed quas? & ait Ulpianus *l. 7. §. 10. D. de administratione tutorum*, cum de directa tutelæ actione agit, hanc formam esse, ut tutor, præterquam in exceptis casibus de quibus

mox

mox, secundum morem provinciæ pupillo præster aut quincunces quas Perlius. *sat* 5. *vers.* 149. vocat modestas, aut trientes quæ Capitolino in *Antonino Pio* c. 2. minimæ, id est, valdæ parvæ, dicuntur; ut supra monui: vel si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur *d. l. 7. §. 10.* ac secundum hæc accipiendum est illud ejusdem Ulpiani *l. 7. §. 5. D. de pactis, Et si in tutela actione convenit, ut majores, quam statuta sunt, usura præstentur.* Hoc in directa tutelæ actione. idem vel simile in contraria: nisi si tutor sub gravioribus usuris pecuniam mutuatus sit, vel cum a debitore suo uberrimas acciperet, ab eo sortem exegerit, ut talibus pupillum liberaret: nam tunc in contrariam actionem venire usuras quas ipse pendit, vel quibus caruit, Ulpianus probat *l. 3. §. 1. D. de contraria tutela actione.* idque & in contraria negotiorum gestorum actione, denique, in bonæ fidei iudiciis, constitutum esse *l. 37. D. de usuris. l. 12. §. 9. D. Mandati vel contra.*

Numquam igitur debet Judex in bonæ fidei iudiciis centesimam egredi; sed nec facile ad illam adscendere: nec tamen semper infra eam consistet. sunt enim casus in quibus Principum Constitutionibus placuit, usuras non leviores pro more regionis, sed legitimas, sive gravissimas & maximas, id est, centesimas deberi. talis est, si tutor pupillarem pecuniam in usus suos clam convertit *l. 7. §. 4. D. de administratione tutorum*, aut si illam apud se esse negaverit, & Prætor contra eum pronuntiaverit, vel si morâ depositioni fecerit, & Prætor irrogaverit ei legitimas. si enim vel comminatio Prætoris vel simile quid præcesserit: Judex qui quandoque cognoscet, decretum Prætoris sequetur *d. l. 7. §. 7. & 10.* sed & si tutor negat, aliquam quantitatem penes se esse ad alendos pupillos, vel pupillis ad onera sua expedienda imposuerit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis *d. l. 7. §. 10.* id est, gravissimis *d. l. 7. §. 8.* item, si a debitoribus legitimas, seu centesimas, acceperit, ex cæteris causis, secundum morem provinciæ, præstabit usuras, aut quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur *d. l. 7. §. 10.* atque hæc & Tryphoninus *l. 38. D. de negotiis gestis* in tutore censet. nec in eo tantum; sed amplius, in Magistratu municipali, si pecuniam publicam in usus suos converterit nam hunc quoque maximas usuras præstare. & addit, ita a Divis Principibus esse constitutum. nempe, quia illi (cum gratuitam, certe integram & abstinentem omni lucro præstare fidem deberent) licentia, qua videntur abuti, maximis usuris, vice cujusdam pœnæ subjiciuntur.

Idem jus est in negotiorum gestore. nam & hic domino gratuitam, certe integram & omni lucro abstinentem, fidem præstare debet. quam si negligit, quia ejus pecuniam in usus suos convertit, videtur abuti licentia quam ei præbet administratio. recte igitur maximis usuris vice cujusdam pœnæ subjicitur. quamquam id aliter esse, Tryphoninus ait *d. l. 38.* si jam debuit pecuniam, antequam ad negotiorum gestionem accederet: quia tum non ex administratione eam sumpsit malo more: sed quasi ab amico accepit. nihil igitur est quod ab initio culpetur: ac si eam sibi, cum posset, deinde non solvit, tantum in mora est: ob quam etsi ad usuras teneatur, non tamen ad maximas, seu centesimas, tenetur; sed quæ in regione frequentantur, exemplo aliorum debi-

torum. cæterum si postquam ad amici negotia accessit, ejus pecuniam in usus suos convertit; est quod ab initio reprehendatur: quia alienæ pecuniæ utilitatem per speciem administrationis ad se clam transfert. incipit igitur debitor esse malo more: abusus licentia quam habebat; atque adeo vice cujusdam pœnæ recte gravissimis usuris subjicitur.

Idem receptum videtur in procuratore qui domini pecuniam in usus suos converterit. est enim in eo ratio superioribus similis. præterea Tryphoninus inter cæteros etiam eum complectitur; cum sic scribit *d. l. 38. Quoniam ubi quis ejus pecuniam cujus tutelam, negotiave administrat, aut Magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras præstat, ut est constitutum a Divis Principibus.* Accedit, quod Ulpianus *l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra.* rem clare & plene indigitat: modo recte legatur. verba hæc sunt. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. Sed & si pecuniam meam fœnori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum præstare, quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur. denique Papinianus ait, etiam si usuras exegerit procurator, & in usus suos convertit, usuras eum præstare debere.* Sic habent libri, typis descripti. male: ut jam olim animadvertit Jacobus Cujacius, *lib. 13. Observ. c. 15.* etsi nec ipse feliciter affectum restituit locum; suspicatus, hæc verba, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur, trajecta esse; & conjungenda cum fine primi versus ejusdem §. hoc modo, *Si procurator meus pecuniam meam habet, ex mora utique usuras mihi pendet quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.* Sed quid est? scibe meo periculo, *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet quæ in regionibus frequentantur. Sed & si pecuniam meam fœnori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum præstare, quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur legitimo modo. & reliqua.* Sic ego conjicio: nec dubito, quin vere & convenienter sententiæ Ulpiani. fecit istres casus, & ratione & Jure distinctos. primus vult procuratorem quidem ex mora teneri ad usuras, sed non alias, quam quæ in regione frequentantur: quod in omnibus bonæ fidei iudiciis constitutum esse, ostendi. alter vult, procuratorem qui domini pecuniam fœnori dedit, ei restituere usuras quantascumque acceperit. nempe, ne de alieno lucrum sentiat: quod & alibi verum esse probavi. tertius casus vult, procuratorem, si non exercuit pecuniam, sed in usus suos convertit, ad usuras legitimo conveniri modo: id est, (ut Tryphoninus ea in specie loquitur *d. l. 38.*) ad usuras maximas. ait autem Ulpianus, eum ad usuras conveniri legitimo modo: pro, ad modum lege præscriptum, sive ad finem legis: pari ratione qua Papinianus *l. 1. §. 3. D. de pignoribus & hypothecis* inquit, *Pactum placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum compensarentur fini legitima usura.* pro quo Modestinus *l. 8. D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* ait, *ad modum legitimum usuras*

vas retineri; & Papinianus l. 4. §. 1. D. de nautico fœnore dicit, ad finem centesima.

Ex eodem genere est, quod si quis communem insulam suis impensis refecerit, cessante socio, deindeque is socius impensas illi restituere velit intra quatuor menses, postquam opus refectum erit, placuit, posse restituere cum centesimis usuris *l. 4. C. de edificiis privatis*: jure introducto Oratione D. Marci cujus mentio fit ab Ulpiano *l. 52. §. 10. D. Pro socio*: apud quem etiam Accursius, pro *certis usuris*, quomodo habet exemplar Florentinum, alias legi scribit *centesimis usuris*: rectissime,

An idem dicemus in locatione & conductione? suadere videntur hæc Impp. Diocletiani & Maximiani verba *l. 17. C. de locato & conducto*. *Præses provinciae ea quæ ex locatione debentur, exsolvi sine mora curabit: non ignarus ex locato & conducto actionem, cum sit bonæ fidei, post moram, usuras legitimas admittere.* Quæ enim *legitima usura*, nisi centesimæ? quæ solæ *legitima* appellantur illa ætate. Sed non ita est. volunt Imperatores, in locatione deberi usuras communes omnium judiciorum bonæ fidei,

in quibus leviores præstantur pro more regionis; quæ legitimis opponuntur *l. 7. §. 10. §. 7. 8. & 9. D. de administratione tutorum*, quamquam alioquin non male *legitima* dici possint: sicut *Statuta usuræ l. 7. §. 5. D. de pactis*: quas receperint Principes quorum Constitutiones *leges* appellari, certum est. sed quia hoc nomen ante sibi jam vindicaverant centesimæ, deinde inventis quæ pro more regionis præstantur in bonæ fidei judiciis, non placuit, cum his idem communicari nomen *dd. loc.* Sed si hoc est, unde in *d. l. 17. legitima usuræ* hæ quæ leviores? an *legitima usuræ* sunt *usuræ solitæ*? sane sic vocantur *l. 2. C. de locato & conducto*; & *legitimus* pro *solemni* sæpe accipitur: ut in *l. 2. §. 6. D. de origine juris*, & *l. 3. §. 2. D. de stellionatu*. apud Petronium quoque Satyric. his verbis, *Intraverunt palæstricæ quamplures: & nos legitimo perfusus oleo refecerunt.* Verisimilius tamen mihi videtur, Impp. Diocletianum & Maximianum *d. l. 17.* scripsisse, *post moram usuras admittere*; sed Tribonianum ex usu *l. 26. §. 1. C. de usuris* posuisse *usuras legitimas*.

CAPUT VI.

Cur modus usurarum quæ in bonæ fidei judiciis & quibusdam aliis officio Judicis debentur, non sit infinitus; cum ad id quod interest referantur; & in corporum æstimatione, etiam in pecunia certo loco promissa, aliter observetur. nodus in ratione juris satis difficilis solutus.

HActenus intra centesimam coarctavimus usuram; sive conventionem, sive officio Judicis, debeatur. sequitur, quam id recte fiat. non tamen, cum ad quæstum res respicit, & in specie usura aut fœnus dicitur: tum enim claræ fuerit utilitatis, coerceri avaritiam, nisi inhibeatur, longius evagaturam, idemque erit, si usura post moram quidem, sed ex conventionem, debeatur: etsi tum magis pœna, aut id quod interest, videatur: scilicet, ne quid sub eo commento fiat in fraudem Constitutionum quibus positus est usuris modus: ut ex Papiniano Ulpianus observat *l. 13. §. 29. D. de actionibus empti & venditi*. sed id periculum non est, cum usura Judicis officio debetur: ac cum ea quoque in specie non tam usura sit, quam id quod interest, cujus æstimatio pro ratione cessantis lucri aut emergentis damni (ex utroque enim constat id quod interest *l. 13. D. Ratam rem haberi, l. unic. C. de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur*) modo pluris, modo minoris sit, atque, ut Paulus ait *l. 24. D. de regulis juris*, in facto, non in jure, consistat, etiam in corporum præstationibus *l. 1. D. de actionibus empti & venditi*, in quibus fere simplex nascitur damni genus: profecto non debet usura pecuniæ cujus usus tam varius, tamque incertus est, ubi officio Judicis debetur, uni adstringi formulæ. magis, cum varie hominum intersit, circa eam non committi moram, dubitari possit, an æstimatio Judicis arbitrio relinqui potius, quam certa juris regula comprehendere, debeat. quidem enim, si creditor negotiari solitus, accepta pecunia, potuerit merces comparare, atque ex his majus lucrum facere, quam ex usuris? quid, si alii debuerit sub pœna, eaque commissæ sit mora tua, aut sub pignoribus quæ ideo distracta sint, quia non

poterat pecuniam solvere ob sui moram debitoris? nonne æquum fuerit, ei reparari lucrum quo caret, aut damnum quod passus est? videri possit ex Ulpiano *l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco*, sequentibus verbis. *Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est. utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuire quantitatem (debeat): ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur?* Julianus Labeonis opinionem sequutus, etiam actoris habuit rationem: cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere, itaque utilitas quoque actoris veniet quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus: & distracta pignora sunt, vel pœna commissæ moræ tua? vel fisco aliquid debebatur, & res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam quod interfuit veniet: & quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? & an lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem.

Sed non recte. nam si creditori fiat jus aut necessitas taxandi damnum quod possit ex mora debitæ pecuniæ pati: quæso, quis fuerit exitus litium, de ea nasciturarum, tam frequente pecuniæ credito, in eoque difficili probatione ejus quod interest *l. ult. D. de stipulationibus prætoris*, ob variam atque incertam pecuniæ utilitatem, debet enim creditor, petens id quod sua interest ex mora debitæ pecuniæ, probare, quantum perit, tanti sua re vera interesse *l. unic. C. de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur*; id est, sibi idcirco tantum abesse, quia ei data non sit pecunia debita. sic enim coarctanda res est: quia quæstioni est utilitas pecuniæ, non qualiscumque,

que, sed ejus de qua agitur, illa vero quæ est, nisi certo haberi possit, atque ex ea pecunia quæ debetur? adeo si quid percipi quidem potuerit; sed ita, ut etiam potuerit non percipi: etsi aliqua, etiam magna, fuerit ejus spes; id in æstimatione ejus quod interest, pro eo quod abest, non habetur; tantum quia non probat creditor, se habiturum fuisse, quod an habiturus fuerit, incertum relinquit. jam si quid haberi certo possit, sed æque ex alia atque ex debita pecunia: neque hoc ad ejus quod interest, æstimationem pertinet: quia non videtur ei ex mora debita pecuniæ abesse, quod æque potuit ei ex alia pecunia, vel quam habet, vel quam possit fœnori accipere, atque ex debita, contingere *l. 21. §. 3. D. de actionibus empti & venditi*. Difficilis igitur est probatio ejus quod interest, præsertim debita pecunia: & ideo consequens fuit utilitati expediendarum rerum, quæ maxima est in civili societate, damnum ex pecunia non soluta natum, magis usurarum modo finiri, quam mero Judicis arbitrio: nec interesse, utrum negotiator fuerit creditor, an alius; & an majus lucrum facere potuerit, accepta pecunia, an non. id enim Hermogeniano visum *l. 19. D. de periculo & commodo rei vendita*: cum sic infit, *Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti, si negotiator fuit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris querere potuit*. Sic Hermogenianus, Papinianus quoque *l. 70. §. 1. D. de legatis lib. 2.* verba Papiniani. *Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse: si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur, nec mutanda sententia erit quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut poenam stipulationis imminuentem evasit*. Hæc ita, si quantitas cum quantitate conferatur. enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est, restituere: non est audiendus legatarius, legato percepto, si velit computare, non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.

Atqui cum corpus debetur, non finitur certo modo id quod interest, cur igitur, si pecunia debeat, eo finiatur? Verum videamus, ne cum pecuniæ debito male corporis debitum comparetur, refert enim, quod damnum, veniens ex mora non soluti corporis cujus certus usus est, obligationis ex qua petitur, natura indigitatur: in obligatione vero ejus qui pecuniam debet, nihil tale non enim apparet in ea genus damni, utique emerfuri creditori, non soluta pecunia; tam vario præsertim ac multiplice pecuniæ usu, atque hoc si est, videtur debitor, promisso & non soluto corpore, obligari ad damnum cui mora sua causam præbet, & in quo nihil ei fortuitum accidit; atque ipsum quia liquere Judici potest; etiam probare ei potest creditor, quantum petit, tantum sibi abesse idcirco, quod ei traditum non sit promissum corpus. sed hoc in pecunia debita non est: nam obligatio ejus qui eam promisit, nihil præfert ex quo intelligat quale nasciturum sit damnum ex mora ejus, & proinde ad quid potissimum teneatur: tam multiplice damno quod creditor pati possit ex variis causis quæ humanis necessitatibus immineant, neque debitori interim pecuniæ obligatione monstrentur, atque a creditore etiam aliter evitari possint, & adeo debitoris contemplatione pro

fortuitis habendæ sint. ita paulatim efficitur, ut pecuniæ debitor, commissa mora non ultra, quam ad usuras, teneatur: quia id demum damnum in pecunia inducitur; certe a debitore cogitari, atque a creditore probari, denique a Judice ex mora regionis æstimari, potest. maxime, postquam placuit, usuras in bonæ fidei judiciis, & fideicommissis ac legatis, ex mora, etiam sine ea interdum, officio Judicis præstari. deinde enim non ex alicujus incerto negotiationis pendere, neque extrinsecus pecuniæ accedere, sed circa hanc consistere, atque ex ea, exemplo fructuum, percipi intelliguntur, auctore Ulpiano *l. 3. D. de usuris*. Non igitur ut in corporum, sic in pecuniæ, præstatione infinita ejus quod interest æstimatio est.

Atque hoc adeo placet, ut in uno eodemque contractu qui ex utroque latere sit obligatorius, qualis est emptio & venditio, verbi gratia, quæ utrimque debentur præstationes, non pariatque eadem ratione æstimentur: nempe quia venditor intelligit, se emptori ad vacuum rei traditionem, & præterea ad evictionem, teneri: hoc enim emptionis natura continetur *l. 11. §. 1. & 2. D. de actionibus empti & venditi*: & ideo si non tradat fundum, aut tradat, sed evincatur; nullam esse causam, cur neget, se teneri ad omne quod emptoris interfit, rem aut traditam esse, aut non evictam, non enim quod promisit, præstat, nec ei accidit quod sibi inprovisum dicere possit, æquum igitur est, ut id quod emptoris interest *l. 1. D. de actionibus empti & venditi*, hoc est, omnis ejus utilitas in æstimationem veniat quæ modo circa ipsam rem consistat *l. 21. §. 3. D. eod. tit.* Sed non idem est ab emptoris parte; quia ei non ostendit obligatio, quid venditor pecunia sua facere velit: ac multo minus, quale damnum passurus sit, ea non soluta: tantum vult, emptorem teneri ad pretii numerationem; proinde si non numeret, & venditor damnum patiatur, aut lucro careat, putata, quia sub pœna debebat, vel poterat merces comparare, de neutro tenebitur emptor neutrum enim circa pretium consistit. utrumque magis extrinsecus accedit, & potuit aliter evitari, denique emptoris respectu fortuitus habetur casus, ad quem se obligatione sua non adstrinxit. tantum igitur ad pretium & ad usuras tenetur post diem traditionis *l. 13. §. 20. D. de actionibus empti & venditi*. quia usuræ in bonæ fidei judiciis hodie Judicis officio non præstantur propter negotiationem, sed ex ipsa pecunia fructuum exemplo percipiuntur, *l. 34. D. de usuris*, ac cum emptor re fruatur, ejus tradita possessione, æquissimum est, eum usuras pretii pendere *d. l. 13. §. 20.*

Si quis tamen pecuniam certo promiserit loco & eo non solverit; is non usurarum modo tenetur, sed ad omne quod creditoris interfit, solutionem eo loco esse factam, auctore Ulpiano *l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco*: sed non aliam ob causam, quam quod is se non obligavit solum ad pecuniæ solutionem; sed etiam, ut ea certo fiat loco, in quo ea indigebat creditor, eam igitur si non fecerit eo in loco debitor, jam non mora quæstioni est, sed factum ejus qui promisit pecuniam ibiolvere, ubi ea indigebat creditor, & non solvit. quare si ob id damnum fecit creditor, aut lucro caret, debitorem etiam ultra legitimum usurarum modum teneri, recte Ulpianus probat *d. l. 2. §. ult.* quia hoc

in contrahendo actum intelligi potest. atque ideo si eo in loco de quo actum est, verbi gratia, Ephesi, petatur, ipsam solam summam peti, nec amplius quid, Ulpianus scribit: nisi si quid esset stipulatus creditor, vel si temporis utilitas interveniret *l. 4. D. eod. tit. fac; stipulatus sum, decem cum usuris Ephesi dari certo die: (qui fere est casus l. 122. D. de verborum obligationibus)* si non dederis & Ephesi petam; teneris mihi non ad id quod interest, sed ad usuras: sed si alio petam lo-

co, ad utrumque tenerite, Ulpianus ait *d. l. 4. is tamen & eo in loco & in d. l. 2. §. ult.* agit de officio Judicis in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ interposita stipulatione obrinet. sed idem est in bonæ fidei judiciis, si in contrahendo convenerit, ut quid certo loco præstetur. tum enim non arbitrariam, sed ex empro, vel vendito, vel depositi, actionem competere,

Paulus auctor est *l. 7.*

D. eod. tit.

C A P U T VII.

In quibus casibus licuerit creditori egredi legitimum usurarum modum. ac primum de nautico fœnore. hoc infinitum fuisse: & cur? Papinianus emendatus & expositus l. 4. pr. & §. 1. D. de nautico fœnore. sensus & lectio l. 5. D. de nautico fœnore.

PROBATUM igitur est, usuras, etsi potuerint ad centesimas adscendere, tamen non potuisse centesimas egredi, præterquam in paucis casibus, quos deinceps interpretari constitui. unus fuit in pecunia trajectitia. in qua duplicem centesimam promitti potuisse, Budæus auctor est, *Annotationibus prioribus ad Pandectas pag. 364.* moverque eum *l. 4. D. de nautico fœnore:* cujus hæc sunt verba. *Nihil interest, trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum & conditionem impletam periculum esse creditoris desierit: utrobique igitur majus legitima usura fœnus non debetur. Sed in priore quidem specie semper: in altera vero discussso periculo: nec pignora, vel hypotheca titulo majoris usura tenebuntur. §. 1. Pro operis servi trajectitia pecunia gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non ultra duplum debetur. In stipulatione fœnoris, post diem periculi separatim interposita, quod (in ea) legitima usura deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.* Eam legem Budæus sic emendandam esse existimat, *ad finem non ultra duplum centesimæ debetur.* quomodo Haloander edidit: sensum autem esse, Budæus putat, non posse trajectitiam pecuniam ultra duas centesimas mereri; & addit, duas centesimas potuisse deberi pro duobus com meatibus, id est, pro pecuniæ trajectu, & mercium retro importatione ex ea pecunia comparatarum: ut in *l. 1. D. eod. tit.* Sic ille: si vere; quid præcipuum fuit in pecunia trajectitia? non enim potuit, si Budæum audimus, egredi modum unius centesimæ, id est, legitimæ usuræ; nisi creditor ejus pecuniæ periculum in se suscepit pro navis itu & reditu. tum quoque etsi duæ centesimæ deberi potuerint, tamen non aliam ob causam potuere, quam quia ad creditoris periculum non semel, sed bis, pertinuit trajectitia pecunia. Atqui Imperator Justinianus *l. 26. §. 1. C. de usuris* ait, veteribus legibus concessum fuisse in trajectitiis pecuniis egredi centesimam. Non igitur placet quod Budæus voluit. Nec magis quod Molinæus conjecit, *De usuris n. 40. ante l. 26. §. 1. C. de usuris.* quæ Justiniani est, in trajectitiis pecuniis de jure licuisse stipulari paulo supra centesimam, nam verum est, non jus civile finem posuisse nautico fœnori: sed contrahentium conventionem eum fecisse pro ratione periculi majoris aut minoris quod in se susciperet creditor. id Paulus docet, *lib. 2. Sentent. tit. 14. §. 3.* Verba Pauli. *Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat na-*

vis, infinitas usuras recipere potest. Non vult Paulus, trajectitiam pecuniam unam aut duplicem centesimam recipere; sed infinitas usuras. Vocat autem *infinitas* quæ sunt indefinitæ, pariter, ut Imp. Justinianus *§. 4. Inst. de heredibus instituendis*, cum inquit, *Et unum hominem & plures usque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet*, verbum, in infinitum, ponit pro in indefinitum. sicut & Macer, *l. 7. §. 1. D. Ad legem Juliam repetundarum*, his verbis. *Lex ab exceptis quidem in infinitum capere permittit.* Sensus igitur Pauli est, fœnori nautico non esse aliquem civili jure positum finem: & ideo hoc non utique intra unam centesimam subsistere; sive, ut Ulpianus loquitur, intra legitimum usurarum modum *l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco:* sed posse vel duplices, vel triplices, vel quadruplices, vel plures, centesimas admittere. Quæso, quam ob causam? ait Paulus, *propter periculum creditoris:* id est, quia hujusmodi usura non tam pro pecuniæ usu, aut moræ reparatione, datur, (etsi pro his quoque solvitur) quam pro pretio periculi maris quod in se suscepit creditor, alioquin debitoris futurum *l. ult. C. de nautico fœnore.* non autem æquum fuerit: si debitor pecuniam trans mare vehat periculo creditoris, eaque lucrum faciat, & tamen non solvat ei periculi æstimationem. Sed ratio vult, inter contrahentes servari æqualitatem; & debitorem, cum lucrum, & hoc insigne, ut solet in transmarinis negotiationibus, facit periculo creditoris, ei periculi pretium reparare majore usura, non iniquum esse. Sed hoc, *quamdiu navis navigat:* ut optime Paulus *d. loc.* etiam Diocletianus ac Maximianus *l. 1. C. eod. tit.* nam tam diu durat periculum cujus pretium est infinita usura. Quid, si creditor non suscepit in se periculum? usura non infinita, id est, nautica, debetur; sed centesima, seu communis *l. 2. C. de nautico fœnore.* idemque est, si in se suscepit periculum; sed non in omnem navigationem; sed ad certam diem aut conditionem. nam tum infinita quidem ante diem aut conditionem debetur; sed post diem aut conditionem non debetur; quia sublato periculo, nihil est quod æstimetur ultra communes usuras. tantum igitur legitima, id est, centesima, usura debetur: major non debetur; quia major periculi æstimationem continet. id vero hic non est. nec igitur æstimatione ejus, id est, infinita usura opus est. Atque hoc Papinianus vult *l. 4. D. de nautico fœnore:* cum sic loquitur, *Nihil interest, traje-*
ctitia

et si pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem praestitutum et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit: utriusque igitur majus legitima usura fœnus non debetur. Sed in priore quidem specie semper: in altera vero discusso periculo. Sed & hoc egregie addit Papinianus, quod nec pignora vel hypotheca titulo majoris usura tenebuntur. et si enim pignoris retentione sæpe servantur usurae, cum actione servari nequeunt; ut, si promissæ sint pacto nudo, & in eas quoque pignus acceptum sit l. 4. l. 22. C. de usuris. l. 11. §. 3. D. de pigneratitia actione: usurae tamen majores legitimis, id est, centesimis, ne retentione quidem servari possunt l. 19. C. Mandati. Quod si est: apparet, Papiniano suam constare rationem, eamque convenientem juri veteri: ac proinde nihil causæ esse V. CL. Elberto Leonino lib. 4. Emendat. c. 7. n. 2. cur opinetur, versiculum illum, nec pignora vel hypotheca titulo majoris usura tenebuntur, non esse Papiniani, sed Tribonianum, respicientis ad novissimum Justiniani jus quod sit ab eo quod Papiniani tempore obtinuerit, diversum.

Illud videamus, quale sit, quod porro ait Papinianus §. 1. d. l. 4. difficilis enim locus est, & quem non, ut debuit, illustravit eruditorum hominum industria. verba ejus §. sunt. *Pro operis servi trajectitia pecuniæ gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non ultra duplum debetur.* Sic Florentiæ legitur. sed Haloander priora verba *pro operis servi trajectitia pecuniæ gratia secuti*, conjungit cum fine principii capitis: & deinde legit, *non ultra duplum centesimæ debetur.* ipsumque est quod Budæo imposuit; existimanti, a Papiniano dici, usuram trajectitiæ pecuniæ non posse excedere duplicem centesimam. quod sicut in antecessum refutavi, ita, si attendas, a Papiniano minime dicitur. non enim ei quæstioni est usura trajectitiæ pecuniæ; sed quod sibi stipulatus sit creditor pro operis servi quem jussit debitorem sequi trajectitiæ pecuniæ gratia: (pro more illorum temporum de quo l. 23. D. de obligationibus et actionibus) vult autem, quod creditor, pro operis ejus servi, in dies singulos stipulatus fuerit, non ultra centesimam deberi: quamquam pro trajectitia pecunia recte stipulari possit infinitas usuras. Is & non alius est Papiniani sensus, idem clarior futurus, si cum superioribus verbis conjungentur mox sequentia eodem capite: quæ verba sunt *In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita, quod (in ea) legitima usura deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.* Sensus est, si creditor usuras sit stipulatus post diem periculi, sed minores legitimis, id est, centesimis, poterit, quod his deerit, supplere altera stipulatione quæ sit pro operis servi, securi trajectitiæ pecuniæ exigendæ gratia; sed usque ad legitimam, id est, centesimam; non ultra. quod cum præcedentium verborum interpretationi respondeat: putem, ea verba d. §. 1. deleto verbo, *duplum*, sic restituenda esse. *Pro operis servi trajectitia pecuniæ gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non ultra, debetur.* vel, si quis tueri malit verbum, *duplum*, legerim, *ad finem centesimæ, nec ultra duplum de-*

betur. Sensus prioris emendationis hic est, creditor debitori dedit pecuniam trajectitiam; sed periculum in se suscepit, non in totam navigationem; sed in certum dumtaxat diem, is creditor jussit, servum cum debitore navigare; & pecuniam creditam sua die exigere cum usuris; ac, si tardius solveretur, pro operis servi quibus cariturus esset propter moram debitoris, præterea pœnam stipulatus est in singulos dies. (sunt enim operæ diurnum officium l. 1. D. de operis libertorum) quaritur, quanta pœna esse possit? respondit Papinianus, debet pœnam intra usuram centesimam sortis creditæ; non ultra. quid ita? quia potest quidem creditor intra diem, periculo constitutum, stipulari infinitam usuram pecuniæ trajectitiæ; sed post eum tantum legitimam, id est, centesimam, non igitur potest creditor post eum diem, ne sub prætextu quidem operarum servi, stipulari pœnam quæ egrediatur centesimam sortis creditæ; quia ea pœna est vice usurarum: nemo autem potest pœnam pro usuris stipulari ultra licitum usurarum modum l. 44. D. de usuris. Et ita est, quod creditor pro operis servi stipulatur, debetur quidem ad finem, seu modum, centesimæ, sed non ultra: quia operarum stipulatio demum usum habet, postquam desit navigationis periculum; ante vero non habet usum. quippe cum durante periculo, nihil necesse sit, operarum stipulationem distingui a fœnore nautico quod infinitum est, & ideo potest facile quaecumque operarum servi pretium complecti, sed finito periculo, quia usurae statim coercentur sine seu modo centesimæ; jam illud quæstionis est, an possit creditor egredi modum centesimæ, utique per stipulationem pecuniæ pro operis servi quibus interim careat? quod optime negat Papinianus. Is sensus erit prioris nostræ conjecturæ, expuncto verbo, *duplum*. Quod si quis malet legere, *nec ultra duplum debetur*, quæ est posterior nostra, & ut post hæc scripta animadverti, fere etiam Cujacii, lib. 5. Observ. c. 38. conjectura: tum sensus erit, quod creditor pro operis ejus servi stipulatur, non debetur ultra centesimam seu legitimam usuram creditæ sortis, neque ultra duplum ejus, quod etsi in fœnore nautico, id est, infinito, non obtineat; tamen in legitimis usuris, seu centesimis, id est, finitis, locum habet: ut infra a nobis demonstrabitur; & in Asia Lucillum constituisse, Plutarchus refert. Tentavit quoque hanc legem Salmasius, De modo usurarum c. 8. pag. 104. & seqq. & corrigere & illustrare: sed successu tam infelici; ut nil opus sit, ejus sententiam hic aut attulisse, aut refutasse.

Ex superioribus subnata est alia quæstio: de qua ita Scævola l. 5. D. de nautico fœnore. *Periculi pretium est, et si conditione quavis (a) pœnali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid præter pecuniam: si modo in aleæ speciem (b) non cadat, veluti ea ex quibus conditiones (c) nasci solent, (d) ut si (e) manumittas, si non illud facias, si non convaluero, et cetera. (f) Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniæ dederim, ut si cepisset, redderet: et athleta, unde se exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet.*

Recepto

(a) quavis, Haloander. (b) al. in aliam speciem. Charondas & Russardus. (c) al. Conditiones. Chorondas & Russardus. (d) nascuntur, Haloander, Charondas, Russardus. (e) Charondæ liber habet, ut si non manumittas. (f) Sed nec, Haloander.

Recepto jure , de quo dixi , in trajectitia pecunia , id est , ut creditor in se suscipiat maris periculum , & pro ejus pretio infinitas habeat usuras : quæsitum est , an idem sit in omnibus in quibus adjecta esset pœnalis conditio quæ existente , vel non existente , (varie enim potest concipi formula) creditor amissurus esset pecuniam , deficiente vel existente recepturus , & insuper aliquid præter pecuniam ? quærendi causa est , quod ea conditio pœnalis videtur adjici in fraudem legis quæ usuras intra certum coërcet modum. Et putat Scævola : ac movet eum quod accessio quæ in his causis præter sortem in conventionem deducitur , non tam usura est quæ pro mora præstetur , quam pretium periculi quod creditor sustinet : & ideo reparari ei , non iniquum est. Nisi si causa sit in qua pecuniam dando res cadat in speciem aleæ ; puta , veræ & prohibita quæ nullam humanis usibus præstet utilitatem ; sed tantum fortuna rogatur sine civili ratione. tum enim probanda non est conventio : quia legibus prohibetur. at si sit causa ex qua res non cadat in talis speciem aleæ : contra dicendum est , valere conventionem ; licet in ea sit quasi alea quæ legibus non prohibetur *l. 8. §. 1. D. de contrahenda emptione* , *l. 7. D. de hereditate vel actione vendita*. & inquit Scævola , hoc evenire , si sit conventio ex qua nasci solent conditiones. sic Florentiæ editur : sed in aliis libris , quod Russardus & Charondas monent , *Notis marginalibus* , est , *conditiones* ; & hoc probat Cujacius *lib. 9. Observ. c. 28.* vere. non enim conditio dicitur nasci ; sed *conditio* : ut in *l. 6. §. 1. D. de donatione inter virum & uxorem* , *l. 38. §. 3. D. de usuris*. conditio autem dicitur apponi vel adjici vel interponi *l. 31. D. de obligationibus & actionibus*. igitur si sit conventio in qua inest conditio cujus eventus vel a potestate accipientis pecuniam , vel a fortuna , vel ab utraque , pendeat , (quæ triplex conditio indigitatur *l. unic. §. 7. de caducis tollendis*) quia non inanis est , sed ad civilia spectat negotia , veluti ex qua nasci potest conditio sine causa , vel ob rem dati , putat Scævola , nihil causæ esse , cur non valeat conventio : qua coërcetur is qui appositam non impleat conditionem quæ ejus arbitrii , vel tota , vel ea parte , sit & adfert Scævola exempla : ea exempla sunt ; si tibi credidero sub conditione , ut si manumiseris , vel non illud facias ; item si non convalueris. in his & similibus putat Scævola , existente , vel non

existente , conditione , quamvis pœnali , & pecuniam creditam peti posse , & incrementum , pro periculo promissum , etiam ultra usurarum modum. nam ut pœna quæ pro mora pecuniæ datur , eo finiat *l. 44. D. de usuris* , *l. 13. §. 26. D. de actionibus empti & venditi* ; hic tamen pœnam non pro mora solvi , sed quasi pretium periculi quod subit creditor , & ideo majore usura æstimari , rationis est. atque hoc sicut in superioribus ei placet , in quibus aliqua est , etiam magna , alea , etsi non ex parte ejus qui pecuniam accepit sub conditione potestativa , tamen ex ejus parte qui sub ea dedit : sic certe obtinuisse inquit ; si piscatori , erogatur in apparatus , puta , in navem , retia , similia , plurimum pecuniæ dederim , ut si cepisset , redderet. est enim & hic quasi alea *l. 8. §. 1. D. de contrahenda emptione* : ipse enim (ut Seneca in *epist. 10.*) incerti boni nomen est. inquam , & hic quasi alea , sed non inanis : quia meo periculo adjuvo piscatoris & inopiam , & industriam publice utilem. quod ratio patitur. igitur si quid cepit piscator ; & pecuniam recipiam , & quod præterea convenit , quasi periculi pretium. idem ait Scævola , si athletæ dederis pecuniam , unde se exhiberet , (id est , aleret , *exhibere* enim est alere) exerceretque , ut si vicisset , redderet. recte. solent enim athletæ ad augendas corporis vires & victu certo , & exercitatione , uti. Quintilianus *lib. XII. Inst. Orator. c. 10. pag. 901. inf.* Sicut athletarum corpora etiam si validiora fiant exercitatione , & lege quadam ciborum. Valet igitur conventio , si pecuniam dederis athletæ , unde se exhiberet , exerceretque. nam & hæc res stulta atque inanis eam ratione æstimantibus : in quibus Anarcharsis apud Lucianum , *De gymnasio* : sed ex Græcorum sententia quam Solon fuerit , eodem loci , & Romani tandem probaverunt , ut apparet ex *l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam* , *l. 4. D. de his qui notantur infamia* , ad virtutem spectat : etsi & aleæ speciem habeat , si eventum spectes *l. 2. §. 1. D. de aleatoribus*. igitur hoc quoque in casu si meo periculo juvem laudabile propositum hominis pauperis , & ideo non sufficientis sumptibus , necessariis ad virtutis exercitationem : nihil est quod cum ratione reprehendatur. at si id non sit , sed sola lucri spes ex incerto eventu , sine contemplatione civilis negotii , vera dicetur alea quam non probat civilis ratio *l. 2. §. 3. D. de aleatoribus*.

* *

CAPUT VIII.

De usuris specierum creditarum : & quæ Justiniano species dicantur l. 26. §. 1. C. de usuris. De usuris rei judicatae. notabilis veteris Mar-moris inscriptio.

Dixi de pecunia trajectitia , id est , de prima exceptione. venio ad alteram quam Justinianus , *l. 26. §. 1. C. de usuris* , facit in *speciebus* : quas Græci interpretantur *fructus*. non male : ut ex Hieronymo mox apparebit. est etiam Titulus xxvii. libri x. Codicis , *Ut nemini liceat in emptione specierum se excusare , & de munere sitocomia*. quæ autem sint illæ species , apparet ex *l. 1. subse- quente*. verba legis sunt , *Quoties urgente necessitate comparationes frumenti vel olei alienarumque specierum quibuslibet provinciis indicuntur , nulli. & reliqua*. sed & ipse Justinianus *l. 20. §. 2. C. de*

agricolis & censitis , *lib. xi. tit. 47.* sic accipit ; cum ait , *Sin autem reditus non in auro , sed in speciebus inferuntur , vel in totum vel in partem : iterum per officium judicis fructus vendantur*. Harum igitur specierum (ut Justinianus refert *d. l. 26. §. 1.* olim major permessa fuit usura , quam pecuniæ. eaque gratia solent avari creditores , pecunia credita , non hanc reddi , & si non reddatur , ejus usuras , stipulari : sed certam fructuum modulationem præstari ; ac nisi is modus sua die offeratur ; mensurarum additamenta , quæ res cum sit in fraudem legitimarum usurarum , a Gordiano prohibe

hibetur l. 16. C. de usuris. sed & ipsarum frugum usura, cum nullo fine coërceretur, atque adeo pergeret ultra, quam ratio vellet, deinde modum accepit a Constantino l. 1. Cod. Theod. eod. tit. verba Constantini. *Quicumque fruges (humidas vel arentes) indigentibus mutuas dederint, usura nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est, ut si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modum amplius consequantur. Quod si conventus creditor, propter commodum usurarum, debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Qua lex ad solas fruges pertinet. nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* Constantinus primum dividit fruges in humidas, ut sunt, oleum, vinum, & aridas, ut sunt frumentum, hordeum. deinde definit modum usurarum, in utrisque præstandarum. vult autem, si hæ mutua data sint, sive humidæ, sive aridæ, pro usuris promitti posse tertiam partem superfluum: & hæc quomodo accipienda sit, exemplo demonstrat. id exemplum est, ut, si mutuos dederis duos frumenti modios, deinde duos recipias pro sorte, & præterea tertium pro usura. quæ sanè est gravissima usura: quia ad dimidium sortis, seu capitis, adscendit. unde & *hemiolia* appellata. nam, ut optime A. Gellius lib. 14. Noct. Attic. c. 14. *Est hemiolios qui numerum aliquem totum in sese habet, dimidiumque ejus, ut tres ad duo, quindecim ad decem, triginta ad viginti.* Atque hunc modum, simul cur in frugibus, seu speciebus, tanta placuerit usura, clare Hieronymus, in *Ezechielem* lib. 6. c. 18. pag. 206. in his verbis. *Solent in agris frumenti & milii, vini & olei, caterarumque specierum usurae exigi, sive, ut appellat sermo divinus, abundantia: verbi gratia, ut hyemis tempore demus decem modios; & in messe recipiamus quindecim, hoc est, amplius partem dimidiam: qui iustissimum se putaverit, quartam plus accipiat portionem.* Et solent argumentari, ac dicere. *dedit unum modium qui satius fecit decem modios, nonne iustum est, ut medium modium (id est, hemiolias) de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & semis de meo habeat.* Habes Hieronymi rationem.

Superioribus exceptionibus addam tertiam quæ est Impp. Gratiani, Valentiniani, & Theodosii l. 1. Cod. Theod. de usuris rei iudicata. Verba ejus legis. *Qui post iudicii finem, exceptis duobus mensibus, (quibus per legis solutionem nonnunquam est concessa dilatio) moram afferent solutioni, a die patrati iudicii, quo obnoxii redditi sunt, in duplicium centesimarum conveniantur usuras, (extrinsecus scilicet medietatem debiti, de quo litigatum est, sicut prius constitutum est inferentes) usque in id tempus, quo debitum solutione diluerint. Quod a nobis exemplo æquabili ex juris prisca est formulis introductum, ut quia male fidei possessores, in fructus duplos conveniuntur, aque male fidei debitores simile damni periculum persequatur. Sed tamen creditor ternis interjectis mensibus, post sententiam contestari moram debet adhibita tarditatis, ut ei centesimarum duplicium fructus possit acquiri. Cavendum quippe ex diverso est, etiam contra illam malitiam creditorum, ne iudicatis ad solutionem cunctantibus, incipiant spe dupli fœnoris imminere. Quamquam iudicatum, si hanc pœnam a se removere festinet, contractam pecuniam vel apud iudices obsignatam locare, vel iudicio conveniat offerre, ut periculum duplicium usurarum incurrere ex ea die, qua obnoxius esse coeperit, desistat. Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut si contractus debiti ex stipulatione descendit, &*

casu usura per annorum curricula summam capitis impleverint (scilicet ut quantitas sortis quantitati fœnoris adæquetur) post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currant, sed capitis quidem dupla, usurarum vero simpla. Summa hæc est; vult lex, reum, si post duos menses a lata sententia qua damnatus est, non solverit debitum, deinde a die iudicii patrati, id est, sententia finiti, creditori teneri in duplices centesimas, donec debitum solutione luerit: idque exemplo juris veteris quo malæ fidei possessores in fructus duplos tenebantur, id vero tum demum obtinere lex vult, si creditor post tres menses a lata sententia moram contestatus sit: sed si hanc contestatus non sit, non vult lex, debitorem teneri ad duplices centesimas. Sed & hoc constituit lex, ut iudicatus, volens evitare pœnam duplicium centesimarum, possit contractam, seu collectam, pecuniam vel apud Iudices obsignatam locare vel iudicio offerre. Postremo vult, si contractus debiti ex stipulatione consistat, & forte usurae summam capitis adæquaverint per curricula annorum, post sententiam currere usuras duplices non utriusque debiti, sed capitis quidem duplas, usurarum vero simplas.

Est igitur hæc tertia exceptio a legitimo usurarum modo: in qua exceptione duplices debentur centesimæ, sed non ex partium conventionione, sed auctoritate legis, cujus hæc ratio est quod debitor condemnatus, neque solvens intra tempus, illi a lege concessum, videtur abuti beneficio legis: & ideo ejus contumacia gravius punienda est. prorsus, ut illa duplex centesima, quamquam satis magna, tamen propter utilitatem coërcendæ improbitatis, Imperatoribus improbanda non videatur.

Idque & alias a Veteribus observatum fuisse, animadverti, cum ageretur de pœna publice infligenda; etsi hoc in pœna, ex partium conventionione promissa, non paterentur. Exstat sane egregium ejus rei exemplum in quodam vetere Marmore, apud Gruterum, pag. 208. cujus verba, quia non memini ab aliis adferri, apposui, sunt autem hæc,

... OB CONTEMPTUM TAMEN
RELIGIONIS RUFINUS P. AELI
ABAS. F. AGRO PRIVETUR FIETQ.
PUB. SEPELIENDOR. MILITUM
CLASS. PR. MIS. IN USUM. HEREDES
VERO PATUL. DIOC. MULTENTUR
SORTE UNA CUM ANATOCISMO
BINAE CENTESIMAE USURAE
PROPTER NEGLECTAM RELIGIONEM
SEPULCHRORUM CLAM DIRUTOR.
PAUPERESQ. MILITES CLASS. PR. MIS.
DONATI SINT DUM AEGRESCUNT ET
MORIUNTUR NE AERE CONLATO
CURENTUR SEPELIENTURQ.
QUAM SENTENTIAM SANCTAM ESSE
OMNES SCIUNTO.



CAPUT IX.

Alegitimo usurarum modo excipi a doctissimis Interpretibus, atque in his a Iacobo Cujacio, antichresin, non tacitam, sed manifestam. differentiam quam Cujacius facit inter antichresin & usuras, si rem spectes, nullam esse. macula dispuncta l. 11. C. de usuris. etiam in modo ab usuris non distingui antichresin, sive tacitam, sive manifestam. modo si certum sit, eam egredi usurarum finem. an & quæ sit tacita antichresis. complura, eaque intricata juris civilis loca expedita in quibus l. 11. §. 1. D. de pignoribus, l. 17. C. de usuris, l. 1. §. 3. D. de pignoribus, l. 14. C. de usuris, l. 8. D. In quibus causis pignus tacite contrahitur.

Nunc age consideremus, an & antichresis a legitimo usurarum modo excipiat. ajunt Interpretes, atque in his illustre illud & faustum Jurisprudentiæ sidus, Jacobus Cujacius, ad Novell. 32. causatus, finem qui est usuris positus, non esse positum antichresi: & quamquam usuræ vicem habeat antichresis, non tamen usuram esse. pacto enim fieri antichresin; cum usuræ stipulatione constituentur. deinde, usuras non perimi sortis oblatione; nisi sequuta ejus depositione: antichresin vero sortis oblatione perimi; etsi nulla ejus depositio fiat l. 11. C. de usuris. atque ut in his ab usura differt antichresis: sic nil mirum esse, utramque etiam quoad modum distingui, suadente incerto fructuum, quod in usuris non sit. l. 17. & l. 14. C. eod. tit. & hoc Cujacius lib. 8. Observ. c. 17. in primis verum esse opinatur, si manifesta sit antichresis. nam si tacita sit, adhuc intra usurarum modum coerceri l. 8. D. In quibus causis pignus tacite contrahitur. nempe, ut major sit vis expressæ, quam tacitæ, conventionis. Sic ille.

Sed si mihi faciat gratiam consentiendi pro partibus suis, longe alia mihi mens erit. nam quod primum dicit, antichresin pacto, usuras stipulatione, constitui; frustra dicit. sit enim antichresis quidem pacto, sed accedente pignoris traditione l. 11. §. 1. D. de pignoribus. nec id speciale est in antichresi. nam & usuræ pacto constitui possunt, accedente pignore: tum vero etsi peti nequeant, tamen retineri eas, nihil vetat.

Nullius igitur momenti est prima Cujacii distinctio inter antichresin & usuras. sed nec altera: nam quod ait, usuras non perimi sortis oblatione, nisi subsecuta ejus depositione; antichresin sortis oblatione tolli, etsi nulla fiat ejus depositio: non magis verum est. quia antichresis est pignus l. 33. D. de pigneratitia actione: cujus possessionem retineri, donec soluta sit pecunia debita, Marcianus ait d. l. 11. §. 1. D. de pignoribus, opinor, recte: non enim tollitur pignus sortis oblatione, sed solutione: nisi sequuta post oblationem sit ejus obsignatio & depositio l. ult. C. de lutione pignoris, l. 20. C. de pignoribus; aut nisi in jure l. 30. D. de solutionibus, aut certe in judicio, facta sit oblatio l. 9. §. ult. D. de pigneratitia actione. quod si autem sola sortis oblatione non tollitur pignus: quæso, qui poterit ea tolli antichresis, quam verum est pignus esse? porro durante antichresi, seu pignore, ecquid est, quo minus perdurare videatur jus percipiendi fructus in

usuras? d. l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis. At Antoninus, l. 11. C. de usuris, Ex pradiis, inquit, pignori obligatis creditor post oblatam sibi jure pecuniam quam non suscepit, si fructus accepit, exonerari sortis debitum, certum est. Sed non loquitur Antoninus de qualicumque pecuniæ oblatione, sed illa quæ jure fit: ea autem est non nuda; sed quam sequuta est sortis obsignatio & depositio l. 19. C. eod. tit. d. l. ult. C. de lutione pignoris, d. l. 20. C. de pignoribus. quod si cui durius videatur; is cogitet, an legi præstet, Post oblatam sibi in jure pecuniam: quomodo in manuscriptis codicibus legi, testes sunt Russardi & Charondæ marginales Notæ. facillima autem fuerit ea scripturæ varietas; si quidem eam imputemus Veterum Siglis quibus scriptum fuerit, post oblatam sibi in jure pecuniam. unde imperiti Librarii fecere, post oblatam sibi jure pecuniam: cum esset legendum, post oblatam sibi in jure pecuniam. ne addam nunc, quod Ulpianus d. l. 30. D. de solutionibus sic ait, Si debitor offerret pecuniam qua peteretur, creditor nollet accipere: Prædator ei denegat actiones.

Non igitur antichresis ab usura differt rei substantia; etsi eruditissimus censet Interpres. sed nec modo differt denique, si legitimas egrediat usuras, non valet conventio. nec distinguo, utrum manifesta sit antichresis, an tacita: modo si constet, fundi fructus usurarum modum superare: quia ea conventio foret in fraudem legis, usuras ad certum modum coercens: & sicut non licet mihi usuras stipulari ultra modum; sic nec aliud quod instat usuræ sit l. 44. D. de usuris. Ita, si appareat, antichresin egredi usurarum finem.

Sed quid, si hoc incertum sit? fac, ex fundo plerumque minores percipi fructus, quam qui expleant usuræ modum: fac, interdum majores nasci; ita ut, utrum fiat, parum liqueat. servanda conventio est, propter incertum fructuum proventum: quo fit, ut nihil in fraudem legis admittatur; atque ut aliquando contingat, ut plus perveniat, tamen aliquando fit, ut minus percipiatur. compensatur igitur spes commodi cum periculo damni; videturque eo induci æqualitas quam lex inter debitorem & creditorem servari postulat.

Igitur fundo in antichresin dato: potest creditor, si incertus sit fructuum proventus, retinere omnes pignoris fructus: nec cogitur eos in sortem imputare; etsi aliquando egrediantur legitimum usurarum modum & hoc videtur Imp. Philippus velle

l. 17. C. de usuris, his verbis, *Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, Ut fructus in vicem usurarum conlequeretur, obtema maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.* nam si certum sit, cum proventum dare usuras, plerumque majores legitimis, contra dicendum esse, ex Papiniano intelligitur *l. 1. §. 3. D. de pignoribus & hypothecis*, verba Papiniani. *Pactum placuit, ut, ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ: Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem maiore fœnore non soluto, legitima majores usura stipulanti recte promitti poterunt.* Idem esse Alexander rescribit *l. 14. C. de usuris*: si tibi mutuam pecuniam dedi, & domum tuam pignori accepi, ea lege, ut eam inhabitarem vice usurarum, nam & hic antichresis est *l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*, eadem manifesta: licetque mihi eas ædes inhabitare: quia ea est lex conventionis. addam, locare: etsi id non sit palam conventum, ita tamen; ut, si locavero, & ex mercede plus redezero, quam ex usuris percipere possim; teneam, quod ultra modum sit, sorti imputare, quamquam, si non locavero domum, sed inhabitavero, ita uti conventum, valeat conventio; etsi pluris sit habitatio, quam quo pertendere usura debeat; scilicet, quia hoc in casu videtur domus potius vilius locata, quam illicitum fœnus contractum *d. l. 14.* id vero hanc habet rationem, quod, si locavero ædes, statim apparet perceptæ quantitas usuræ: quæ, si habitentur ædes, possit incerta videri. nam & licet contrahentibus naturaliter, se in pretio circumvenire: & multum interest, cum de æstimanda mercede agitur, utrum ædes per hunc, an per illum, habitentur.

Sed non tantum manifesta est antichresis, verum etiam tacita: nec inter utramque, quo ad modum, interest. nam si ager simpliciter detur pignori; nec de usuris & fructibus quidquam dicatur: contracta videtur antichresis, non palam, sed tacite. quia enim pacto constituitur antichresis, atque id est qualicumque contentum consensu *l. 2. D. de pactis*: nil obstat, quo minus antichresis æque tacite, atque expresse, fieri possit: interpretante ratione, debitorem qui, accepta mutua pecunia, creditori pignus dat, neque palam paciscitur, ne usuras solvat, humanitati dare, ut velit, usuras repensari fructibus, qui ex pignore nascituri sint, nempe, quia non patitur utilitas provocandæ inter homines benignitatis, probari inverecundiam ejus qui beneficium accipit; nec vult, cum potest, reddere vicem gratiarum. Optime Seneca, *Epist. 81.* *In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, præter sortem, extra ordinem numerant: beneficiorum autem usum esse grati-*

tum putant. Et illa crescunt mora: tantoque plus solvendum est, quanto tardius. ingratus est, qui beneficium reddit sine usura: itaque hujus quoque rei habebitur ratio, cum conferentur accepta & expensa. Et Cicero *lib. 1. De officiis c. 15.* *Quod si ea, qua acceperis intendas, majore mensura, si modo possis, jubet reddere Hesiodus: quidnam beneficio provocati facere debemus? an non imitari agros fertileis; qui multo plus offerant, quam acceperunt? etenim si in eos quos speramus nobis profuturos, non dubitamus officia conferre: quales in eos esse debemus, qui jam profuerunt? Sed quod honestati convenit, jus civile sequitur: bene enim de unoquoque sperat: & ideo pignori dato, neque convento de usuris & fructibus, constituta intelligitur antichresis, etsi non palam, tamen tacite: ac si sit certus fructuum proventus, retinebit creditor fructus vice usurarum, non in infinitum, sed, ut in superiore casu, usque ad legitimum usurarum finem.* Et hic est sensus *l. 8. D. In quibus causis pignus tacite contrahitur*: cujus hæc sunt verba, *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere.* V. CL. Franciscus Hotmanus *lib. 1. Observ. c. 4.* conjicit, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Sed servanda vetus lectio, *Cum debitor gratuita pecunia utatur.* species est; Debitori mutuam dedi pecuniam: neque ab eo stipulatus, aut pactus, sum usuras. debitor igitur gratuita, utitur pecunia: is dat mihi agrum pignori. videtur ea re agi tacite, ut fructus non percipiam tantum, sed retineam quoque, usurarum vice: non in infinitum quidem, sed ad legitimum finem. Sic; si de usuris nihil dictum sit: id est, si gratuita sit pecunia. quid ni? gratuita dicitur pecunia, non modo quum est pactum, ne sit usuraria; sed etiam, quum non est pactum, ut usuraria sit, quomodo gratuitum appellatur *mandatum*; cum nullam ex pacto mercedem habet *l. 1. §. 4. D. Mandati vel contra.* nec tamen aspernatur remunerandi causa honorem, sive salarium *l. 6. D. eod. tit.* Cæterum, si usuraria sit pecunia, non videtur antichresis contrahi; ne tacite quidem: & ideo debet creditor, tradito agro, fructus percipere; & perceptos primum usuris, deinde sorti, imputare *l. 2. C. de partu pignoris.* At enim *l. 4. §. 1. l. 22. C. de usuris* negant creditori jus pro usuris retinendi pignoris; præterquam, si de eo pactum sit. Sed jam recte observatum est, non esse in his sermonem de fructibus pignoris qui jure tacitæ antichreseos retineantur intra legitimum usurarum modum; sed de pignore cuius retentio creditor velit levare usuras, pacto vel stipulatione debitas, quod illi non licet; nisi pignus conventionem pacti etiam usuris obstrictum sit: cum interim fructuum retentio possit tacita fieri antichresi, dum intra legitimum coercetur modum.

CAPUT X.

De usuris Senatorum, fisci, ac civitatum.

Hucusque ostendi, quale omnium hominum jus circa usuras fuerit: nec esset opus, de usuris Senatorum, fisci, ac civitatum, specialiter subjicere: nisi in his singulare esset jus, non indignum observatu. Sed primum de Senatoribus dicendum: quem ordinem quia volebant Veteres vitio vacare, cæteris specimen esse;

Nocte Operum Tomus I.

(quod ex Cicerone *lib. 3. De legibus* intelligimus) interdicebant ei usuram: nempe, ut non ab avaritia modo, sed a suspitione quoque & causa ejus, quam longissime amoveretur, atque id nescio an Ambrosius inter cætera velit, *De officiis lib. 2. cap. 4.* cum sic inquit, *Docet igitur omnes censura fragilitatis, (legendum forte, frugalitatis) con-*

R

tinen-

inentia auctoritas, & maxime cum qui honore præstet, ne præminentem virum thesauri possideant sui, & pecuniis serviat, qui præstet liberis. illud magis docet, ut supra thesaurum sit animo & infra amicum obsequio. Humilitas enim gratiam augeat. Hæc plena laudis & digna primario viro, non communem cum Tyriis negotiatoribus; & Galaaditis mercatoribus habere turpis lucri cupiditatem, nec omne bonum locari in pecunia, & tanquam mercenario munere quotidianos numerare quasus calculari compendio. Certe Chrysostomus hoc indicat, in Mattheum c. 17. Homil. 57. tom. 1. pag. 508. hisce verbis. Quod si exteriores legum conductores interrogare volueris, disces ab illis, quia extrema impudentia signum fœnus semper judicatum est: quare nec amplissimos homines quos Senatores appellant, hujusmodi emolumentis decurpari sinunt, sed lege prohibent, ne qui rem publicam gerunt, tali lucro maculentur. Sed hoc jus mutarunt Imppp. Arcadius, Honorius, & Theodosius l. 4. Cod. Theod. de usuris: cum volunt, Senatores sub medietatem centesimæ usuræ ad contractum creditæ pecuniæ admitti: & addunt, si quid præter moderatam hanc definitionem fuerit flagitatum, imminuendæ sorti credere. moderatam autem vocant definitionem medietatis centesimæ, sive semissium usuratum; quomodo Plinius lib. 14. Naturalis historia c. 4. semisses vocat, usuram civilem ac modicam.

Senatoribus jungam fiscum, nam & huic semisses usuras sufficere, Severus & Antoninus constituerunt l. 1. C. de his quibus ut indignis hereditates auferantur. idque jus Paulus refert l. 17. §. 6. D. de usuris. & addit, debitores, qui minores semissibus præstabant usuras, si fisci esse cœperint, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendos esse præstare. & hoc Ulpianus l. 6. D. de jure fisci ait, verum esse, ex quo convenit certum debitorem & confidentem. exinde enim petere fiscales, etsi breviores debeantur, sic editur eo in loco: sed Jacobus Cujacius lib. 19. Observ. c. 2. corrigit, ex quo convenit certum debitorem confidentem. Una hic est exceptio in usuris rei judicatæ. quam exceptionem invenit Imp. Antoninus l. 1. C. de usuris rei judicatæ: volens, Ut qui post legitimum tempus placitis non obtemperaverit, usuram centesimam temporis quod postea fluxerit, solvat. In verbis legis nihil quidem de fisco dicitur: sed Græci Basilic. lib. 9. tit. 3. tom. 1. pag. 518. eam de fisco accipiunt: & huc ducit Inscriptio quæ habet, Imp. Antoninus A. Procuratoribus hereditatum: ad quos exstat & Rescriptum Divorum Fratrum l. 32. D. de jure fisci. præterea vult Antoninus d. l. 1. usuras rei judicatæ statim fluere ipso jure post legitimum tempus, si condemnatus placitis non obtemperaverit. apparet vero, id constitui in gratiam fisci cui generaliter debentur usuræ tardioris solutionis; etiam cessante rei interpellatione; cum usuræ aliis eo tempore nec ex causa judicati ante debeantur; quam interpellatio intervenerit: ut demonstrabo lib. 3. c. 9. §. c. 10.

De rebus publicis civitatum quid dicemus? & si Plinio fides epist. 62. lib. 10. potuerunt ejus tempore ex pecunia publica deberi usuræ asses, sive centesimæ; earumque meminit Lapis apud Gruterum, pag. 175. Inscr. 4. quem posui supra capite 1. hujus libri. sed cum non facile reperirentur qui reipublicæ debere vellent sub usuris tam gravibus; quod publicæ pecuniæ non creduntur sine pignoribus idoneis vel hypothecis; ut Ulpianus ait l. 33. §. 1. D. de usuris: visum Trajano fuit, epistola sequente 63. ab ea recedere forma; & Plinio

permittere, (pertinet ea res etiam ad Præsidis providentiam d. l. 33.) ut minueretur usurarum quantitas: quo facilius pecuniæ publicæ collocarentur. non tamen præscripsit Plinio certum modum: tantum jussit ei, hunc constituere ex copia eorum qui mutuaturi essent. verum postea placuit, eas usuras semisses esse. Sane Modestinus l. 10. D. de pollicitationibus, cum Septitia patriæ suæ certamen pollicita esset ex pendendis a se solitis triginta millium usuris, sub conditione, uti fors apud eam remaneret, nec usuras certas forma pollicitationis esset complexa, usuras solitas non alias, quam semissales esse, interpretatus est. easque exprimit sequens Monumentum, apud Gruterum pag. 215. Inscr. 2. HOC. AMPLIVS. R. P. PETILINORVM. DARI. VOLO. HS. X. N. ITEM. VINEAM. CHALCIDIANAM. CVM PARTEM. FVNDI. POMPEIANI. EA. VTI. OPTIMA. MAXIMAQVE. SVNT. FINIBVS. SVIS. QVA. MEA. FVERVNT. VOLO. AVTEM. EX. VSVRIS. SEMISSIBVS. HS. X. N. COMPARARI. AVGVSTALIVM. LOCI. N. AD. INSTRVMENTVM. TRICLINIORVM. DVVM. QVOD. EIS. ME. VIBO. TRADIDI. CANDELABRA. ET. LVCERNAS. & reliqua. Plane, si statum ponendæ legatæ sint reipublicæ: id est, ut supra ostendi, si certa pecunia ad emendas ponendæque statuas sit legata; nec dies a testatore sit præfinitus; voluit D. Pius, a Præside statui tempus: ac nisi posuerint heredes, eos reipublicæ (ut Ulpianus ait l. 5. D. de operibus publicis) usuras leviores, id est, ut Paulus exponit l. 17. §. ult. D. de usuris, usque ad tertiam centesimæ pendere: sed dumtaxat intra sex menses; si minus, semisses usuras, si vero dies datus est, eos pecuniam deponere intra diem: si autem non invenire se statuas dixerint, aut loco controversiam fecerint; semisses protinus pendere. Sic jungendus est uterque locus: ne opus sit conjectura Jacobi Cujacii lib. 5. Observ. c. 38. existimantis, Paulum d. §. ult. a Triboniano esse inflexum ad jus novum quod sit Justiniani l. 26. §. 1. C. de usuris.

Est & hoc animadversione dignum, quod Paulus, annuo reipublicæ legato, si agatur de æstimatione Falcidiæ, scribit, tantum legatum intelligi, quantum sorti sufficiat ad colligendas usuras, non semisses, sed trientes, ejus summæ quæ legata sit. Pauli verba adscripsi. ea verba sunt l. 3. §. 2. D. Ad legem Falcidiam. Item, si reipublicam annos singulos legatum sit, cum de lege Falcidia quaratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ quæ legata est, colligendas. Sensus est, cum de lege Falcidia quaritur, legato reipublicæ annuo, perinde fieri computationem: ac si legata esset summa ex cujus usuris quæ facile haberi possint, quales sunt usuræ trientes, quæ sunt valde leves, quotannis redigi possit legata summa. pone: legata sunt annua quaterna: perinde erit, ac si legata sint centum; quia usura triens de centum annua producit quaterna, sicut ergo, si centum supra dodrantem legata sint reipublicæ, de legato pro quarta Falcidia viginti quinque detrahuntur: sic, si annua quaterna reipublicæ legata sint, (quod legatum perpetuum est; non facile moriente republica l. 24. §. 1. 6. & l. 20. §. 1. D. de annuis legatis) singulis annis de quaternis

nis annuis detraheretur quarta : ut jam annuatim non quaterna, sed terna, debeantur. idque ideo fedit ; quia eo temperamento tam heredi, quam reipublicæ, videtur caveri : illi quidem ob leviores usuras : huic vero, quo major ejus fors esset ; atque

ut certa & perpetua ex ea pensio foret. ita eo devenitur, ut testator, etsi potuisset reipublicæ ex eadem sorte, si voluisset, semisses usuras legare, non tamen semisses elegisse videatur.

CAPUT XI.

Usuras usurarum, sive anatocismum, sed anniversarium, Edicto tralatitio a Veteribus, etiam a Cicerone, observatum fuisse : sed deinde Senatus consulto, & Constitutionibus, prohibitum & cur? quanam visa sint usurae usurarum, callida Veterum interpretatio, ab Ambrosio, & Justiniano, castigata. non esse anatocismum, sive usuras usurarum, si mutetur creditoris persona : & quando id fallat. quid, si quis stipulatus sit minores usuras, & his sua die non solutis, legitimas? anatocismum judicato fieri potuisse ante Imp. Justinianum : & quomodo? etiam eum anatocismum ab eo Imperatore sublatum esse.

Dixi quantum satis de vetere usurarum modo. Nisi subjienda sunt pauca de usuris usurarum : quarum tractatus ad hanc partem pertinet. eas usuras Cicero lib. 5. *Ad Atticum epist. ult.* anatocismum appellat : eumque se, cum Ciliciæ præfesset, Edicto, non novo, sed tralatitio, permisisse refert : at demum centesimarum, & anniversarium ; qui erat, si debitor intra annum integrum cessasset in solutione menstruarum usurarum. verba Ciceronis apposui. *Interim cum ego in edicto tralatitio centesimas me observaturum haberem cum anatocismi anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas.* Licitæ igitur Veteribus fuere usurae usurarum ex Edicto tralatitio.

Sed eas sustulit Senatus, auctor Cicero d. epist. ult. sic scribens *Habes meam causam : quæ si Bruto non probatur, nescio, cur illum amemus : sed avunculo ejus certe probabitur, præsertim cum S. C. modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, ut centesima perpetuo fœnore ducerentur.* Id enim valet, sine renovatione singulorum annorum ; sive, ne deinceps usurae usurarum solverentur : quod ante juserat. idem Cicero lib. 6. *Ad Atticum epist. 2.* *Salaminius autem (hos enim poteram coercere) adduxit, ut totum nomen Scaptio vellent solvere ; sed centesimis ductis a proxima quidem syngrapha, nec perpetuis, sed renovatis quotannis.* Vetuit igitur Senatus usuras usurarum ; puto, non quasi mera ratione illicitas ; sed quasi civili jure non necessarias. potest enim his carere hominum societas : sed non magis his resistit, quam fortis usuris, nec omnino male fœneratores, apud Ambrosium, *De Tobia c. 6.* *Instant vehementius, causanti incumbunt, dicentes ; Tu possides tua prædia, nos nostram pecuniam non habemus. aurum dedimus, lignum tenemus. Tibi fructuum emolumenta procedunt, nobis nihil accrescunt pecunia. otiosa causatio est, saltem renovetur chirographum.* Igitur ratio quæ usuras fortis probat, æque usuras usurarum tueretur. hoc tamen interest ; quod non facile potest debitor utendam accipere sortem, nisi promissis pro ejus usu usuris ; at necesse non est creditori, non solutis usuris, earum usuras stipulari. potest enim sibi aliter consulere : quia si metuat, ne damnum patiatur ex mora solventis usuras, potest eas ultro exigere, atque ita impetrare, ne damno afficiatur. etsi igitur in civili societate necessariae

sint usurae fortis tamen necessariae non sunt usurae usurarum ; si creditor diligentiam exactiioni adhibeat. cæterum, si negligentior sit, habet quod sibi, sed non quod debitori, imputet. quid, si humanitati dedit, ne usuras peteret ? neque hic accuset debitorem qui ejus beneficio utitur. interest præterea societatis, ne debitor, aut negligens, aut simplex, aut certe non longe providens, usurarum cumulatione ab avaro creditore, specie humanitatis, mergatur. est igitur civilis, non juris gentium, ratio ob quam Senatus usuras usurarum improbavit.

Sed non tantum Senatus eas vetuit ; verum & Principes, ut Modestinus refert l. 27. *D. de re judicata* : usque adeo, ut etiam Diocletianus & Maximianus l. 20. *C. Ex quibus causis infamia irrogatur* rescripserint, *Improbum fœnus exercentibus & usuras usurarum exigentibus infamia maculam irrogandam esse.* Satis clare ; nisi quaesitum esset, quanam usurarum usurae forent. cum enim cautum esset, ne illae ducerentur : (nempe, ne eadem res & causa esset, & accessio, cum facili debitoris perniciæ l. 2. §. 5. *D. de administratione rerum ad civitatem pertinentium*) homines avari, sed juris callidi, sub specie servandæ legis, ejus vim eludere : prorsus, ut non rebus, sed verbis, posita videretur. interpretati enim sunt, usurarum usuras exerceri ; ubi creditor stipulatur, pecuniam quam credidit, sibi reddi certa die, & quo tardius solvatur, ejus usuras dari : his quoque sua die non solutis, etiam earum usuras præstari : atque eas civili prohiberi jure : quantum ex usuris re vera usurae solvuntur : id est, accessionis accessio est. & is est casus l. 26. §. 1. *D. de conditione indebiti*, & l. 27. *D. de re judicata*, at longe aliud esse ; si usurae, antedebita, interveniente stipulatione adveniant ; atque ex summa integra, si non solvatur, alia rursus usurae promittantur. usuras enim consummatas, inque sortem redactas, non usuras manere, sed sortem effici. ex qua usuras deberi, neque legem impedire ; quia de usuris loquitur ; neque rationem ; cum non intersit debitoris, utrum accepta a creditore mutua pecunia ei usuras solvat ; an quas debet, ejus consensu retineat. quo in casu, etsi palam data non sit mutua pecunia, tamen intelligi datam brevi ma-

nu. rationis quoque esse, ne creditori steriles sint usurae, cum interim debitor fruitur pecunia credita, aut rebus ex ea emptis: ut ex Ambrosio, *De Tobia* c. 6. ante dictum. Sed hæc res, quamvis & rationis & juris speciem habeat, tamen non dicam Ambrosio, *d. loc. c. 9. § 7. § c. 12. § 13.* (nam is omnes usuras damnat) sed Justiniano displicet *l. 28. C. de usuris*: quia ei visa est, quamquam non legis verbis, tamen sententiæ adversari. quæso, quid agit lex, cum usuras usurarum vetat, quam ne debitor, aut negligens, aut tantum quod ante pedes modo est videns, non etiam illa quæ futura sunt prospiciens, (quod Terentius *Adelphis* 3. 3. sapientis esse opinatur) ab inhumano creditore usurarum cumulatione opprimatur? & quid interest, si ad exitum spectes, utrum creditor ex usuris usuras in stipulationem deducat, an ex usuris, in sortem redactis, usuras stipuletur? æque enim in hac atque in illa specie ex usuris usuras ducit, debitore moræ periculum parum sentiente: etsi in altera palam facit, in altera rem verbis tegit: atque eo periculosius debitori; quia ita fit, ut is usuras deinde per partes solvere, eaque re usuras usurarum prævenire, non possit. quod altero, & hoc publice improbato, anatocismi genere facere poterat.

Igitur ante Justinianum licita non fuit usura usurae, præterquam in sortem redactæ. Tutor tamen usurarum quas a pupilli debitoribus exegit, usibusque suis retinuit, usuras debet iudicio bonæ fidei. Sic est: sed quid refert, utrum pupilli sortem, an ejus usuras, in usus suos convertat *l. 7. § 12. D. de administratione tutorum*? usurae enim, postquam exactæ sunt a debitoribus, apud tutorem qui eas exegit, non accessionis, sed sortis, vice funguntur *l. 58. § 1. § 4. D. eod. tit.* Idem est, si tutor, aut procurator, aut negotiorum gestor, pupilli aut domini creditoribus usuras solverit: quia pecunia quam pro pupillo aut domino expendit, apud eum sortis vice fungitur: atque eam solvit, non sui, sed pupilli aut domini, contemplatione. recte igitur petet ejus usuras, non quasi usurae, sed quasi sortis: & quidem, si de domo eam numeravit, eas quæ in regione frequentantur: sin fœnori acceperit, quas pendit, eas recipiet ex usu iudicii bonæ fidei *l. 37. D. de usuris. l. 12. § 9. D. Mandati vel contra. l. 3. § 1. D. de contraria tutela & utili actione.* Non idem dicendum in persona secundi creditoris cui obligata res est; si ejus pecunia dimissus sit primus creditor. nam etsi ea res ei teneatur, etiam invito debitore, tam in suum debitum, quam in primi creditoris, & in usuras suas, & quas primo creditori solvit: tamen, ut Papinianus, & ex eo Marcianus, scribit, æquum non fuerit, eum usurarum quas primo solvit, usuras consequi *l. 12. § 6. D. Qui potiores in pignore.* addit rationem Marcianus: ea ratio est, quod secundus creditor in solvenda sorte & usuris, primo creditori debitis, non gessit alterius, id est, debitoris, negotium; sed gessit suum: quamquam eum a primo pecuniæ suæ numeratione liberavit. nam id non ejus contemplatione fecit, sed pignoris sui confirmandi gratia. se igitur, non debitorem,

spectavit: & quod sui causa fecit, alteri, id est, debitori, imputare non debet. pulchre hoc Phædrus *lib. 1. fab. 23.* indicat his verbis.

Mustela ab homine prensa, quum instantem necem

*Effugere vellet; quæso, inquit, parcas mihi
Quæ tibi molestis muribus purgo domum.
Respondit ille, faceres si causa mea,
Gratum esset, & dedissem veniam supplici:
Nunc quia laboras, ut fruaris reliquiis
Quas sunt rosuri, simul & ipsos devores,
Noli imputare vanum beneficium mihi.
Atque ita locutus improbam letho dedit.
Hoc in se dictum debent illi agnoscere
Quorum privata servit utilitas sibi,
Et meritum inane jactant imprudentibus.*

Sic Phædrus. Seneca quoque *lib. 6. De benefic. c. 7.* verba Senecæ. *Beneficium nullum est, nisi quod ad nos primum aliqua cogitatio defert, deinde amica & benigna.*

Non igitur licita fuit usura usurae. Quid; si creditor sit minores usuras, verbi gratia, trientes, stipulatus, & his sua die non solutis, legitimas, sive centesimas? dubitatum fuit. sed Papinianus *l. 9. § 1. D. de usuris* infit, *Non pœna, sed fœnus uberius justa ratione sortis promittitur.* id vero est, non usura usurarum, (pœnam enim pro usura dicit: ut sæpe) sed major usura, legitima tamen, non de usuris, sed justa ratione sortis, id est, de sorte, seu capite, promittitur sub conditione, si mora debitoris fiat, ut minor usura sua die non solvatur.

Tantum de anatocismo, stipulatione facto. Venio ad eum qui re judicata exercetur. nam & is placet civili jure *l. unic. Cod. Theod. de usuris rei judicata*: quia lite contestata & secuta condemnatione fit, ut prior obligatio, quasi interveniente novatione, in iudicati obligationem transferatur *l. 3. § 11. D. de peculio. l. 16. § 6. D. de pignoribus.* atque id non in sorte tantum, sed in usuris quoque, procedit. nam & hæc condemnatione, quasi novatione, consummantur: maxime, si & fors, & usura, sit petita. nam si fors petita sit, usura non sit: verius est, cum alia sortis, alia usurarum, obligatio sit *l. 8. D. de eo quod certo loco*, sortis quidem stipulationem novari; sed usurarum non novari *l. 1. C. de judiciis.* Fit igitur anatocismus jure civili non tantum stipulatione, sed etiam re judicata: modo, si usurae quoque in condemnationem deducantur. tum enim finiuntur eæ ex priorē actione: & post legitimum solvendi iudicati tempus quod ab usurarum præstatione excusatur, incipiunt currere usurae rei judicatae; sed integrae: id est, & sortis & veterum usurarum quæ in sortem condemnatione redactæ sunt. Sed Justinianus hoc quoque

in casu usuras usurarum sustulit
*l. 3. C. de usuris rei
judicatae.*



CAPUT XII.

De usuris perceptorum fructuum vel ex singulari re, vel ex hereditate, ante vel post litem contestatam.

Superiori tractatui de usuris usurarum affinis est sequens, de usuris perceptorum fructuum vel ex singulari re, vel ex hereditate. primum videbo de rei singularis vindicatione. de qua ita Papinianus *l. 15. D. de usuris. Neque eorum fructuum qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras præstari oportere: neque eorum qui prius percepti quasi malæ fidei possessori condicuntur.* Totus Papiniani sermo est de fructibus; quos ex singulari re percepit non bonæ, sed malæ, fidei possessor. is sermo liquet in posteriore capitis parte: nec minus in priore; quia certum est, omnem bonæ fidei possessorem post litem contestatam fieri malæ fidei. ita sensus est, quod malæ fidei possessor, sive ante, sive post litem contestatam fructus percepit, non præstat usuras fructuum. primum negat Papinianus, malæ fidei possessorem fructuum quos post litem contestatam percepit, usuras præstare. & addit rationem: ea ratio est, quod fructus, ab eo percepti post litem contestatam, officio Iudicis restituendi sunt, vere: non enim potuerunt litis contestatæ tempore vindicari fructus; qui eo tempore adhuc nulli erant: & qui igitur potuerunt in rei vindicationem venire? poterant tamen a Iudice, si deinde a possessore perciperentur, juberi, quasi rei petitiæ accessiones, restitui. quod si est: apparet, eorum usuras a possessore præstari minime; quia non placet, accessionis accessionem esse. idque verum est, etsi venditis his fructibus, eorum pretia sint in sortem redacta, quod si fructus, ante litem contestatam percepti, condicantur, id est, condictione ex lege, vel sine causa, vel ex injusta causa, petantur; similiter negat Papinianus, eorum usuras admitti. nec improbo: quia condictiones sunt actiones stricti juris; in quas usuræ, nisi in stipulationem deductæ, non veniunt. solent autem fructus, ante litem contestatam percepti, condici; cum consumpti sunt. nam si exstent, vindicari possunt *l. 3. C. de condictione ex lege. l. 16. C. de prædiis minorum. l. 22. §. 2. D. de pignoratitia actione.* atque eo quoque in casu usuras ex his deberi, ratio non patitur: quia certum est, usuras ex corporibus non deberi: ut supra monui. Sic in singularis rei vindicatione censet Papinianus.

De hereditatis vero petitione ita infit *l. 51. §. 1. D. de hereditatis petitione. Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usura non præstantur. diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.* Papinianus negat, fructuum; post litem contestatam perceptorum, præstari usuras: scilicet, quia hi fructus non principaliter venire in petitionem hereditatis. non enim tempore litis contestatæ adhuc in rebus humanis, atque adeo hereditariis, fuere: quas demum in hereditatis petitionem venire, certum est. ita est: hi fructus non debentur principaliter jure actionis; sed officio Iudicis quasi accessiones debentur. numquam igitur eorum usuræ præstantur; sive adhuc exstent, ac pro corporibus habeantur; sive jam venditi, inque sortem redacti, sint: quia, ut dixi, non placet, accessionis, accessionem esse. sic in fructibus, post petitam hereditatem perceptis. Quid, si ante sint percepti, atque etiam vendi-

Noodt Operum Tomus I.

ti? (sic enim in *d. l. 51. §. 1.* formanda species, ut in *l. 18. D. de his quæ ut indignis auferuntur*) ait Papinianus, diversam eorum rationem esse. quam ob rem? quia fructus, ante percepti, hereditatem auxerunt. recte: nam in petitionem hereditatis universæ veniunt res hereditariæ *l. 18. §. 2. & l. 19. D. de petitione hereditatis.* fructus autem, ante litem contestatam percepti, erant jam tum res hereditariæ. veniunt igitur in petitionem hereditatis. idque etiam consequens est formulæ petitionis hereditatis: quæ formula est, ajo, eam hereditatem meam esse; ac non modo hereditatem, sed etiam fructus qui auxerunt eam, antequam peteretur, continet, quasi hereditatis partem *l. 20. §. 3. D. eod. tit.* quod si est; quid verat, eorum usuras officio Iudicis præstari? utique, cum apparet, eos in hereditatis petitionem venire, non ut accessiones, sed ut res seu partes hereditatis *d. l. 51. §. ult. l. 40. §. 1. D. eod. tit.*

Idem est circa heredem a quo fiscus hereditatem petit ideo, quod tacitum fideicommissum suscepit in fraudem legis. non enim is heres bonæ fidei possessor habetur, magis prædo intelligitur *l. 46. D. de hereditatis petitione.* & ita Papinianus *l. 18. D. de his quæ ut indignis auferuntur* aliquando se respondisse, scribit verbis sequentibus. *Eum qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi: quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum.* Post motam de tacito fideicommissio controversiam, ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi, sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. Papinianus complura definit. primum est, quod qui tacitum fideicommissum suscepit in fraudem legis, is si a fisco conveniatur, tenetur non tantum bona quæ fiscus vindicavit, restituere; sed ipsorum exemplo etiam fructus quos ante litem contestatam percepit. addit rationem Papinianus: quia, cum fidem in fraudem legis adhibuit, non tam bonæ, quam malæ, fidei possessor videtur. alterum est, quod is qui tacitum fideicommissum suscepit, post motam controversiam, id est, post litem contestatam, tenetur restituere pretia fructuum ante litem contestatam percepta: nec ipsa tantum, sed etiam eorum usuras. tertium est, quod, si non vendidit fructus, sed in usu habuit, eorum non pretia cum usuris, sed pretia sine usuris, restituit. Sic Papinianus: quia tum conveniebat juris rigori quem nulla adhuc laxaverat Constitutio, sed aliter ei visum post Constitutionem D. Severi deinde sequutam; de qua sic porro scribit, *Sed D. Severus bonorum tacite relictorum, circa distinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, non etiam usuras eorum, benigne decrevit. quo jure vivimus.* Papinianus significat, eum heredem, a fisco conventum, solos jam teneri fructus restituere, non etiam fructuum usuras: nec interelle inter tempus quod præcessit litem contestatam, & quod sequutum est. qui potest: quia D. Sev. adversus rationem juris quæ ante obrinuit, sic

benigne decrevit: & hoc jure utimur. Atqui Paulus l. 17. §. 2. *D. de usuris* sic inquit, *In tacito fidei- commissio omne emolumentum heredi auferendum*, & *fisco præstandum*, Divus Pius rescriptit: ergo *Usurarum emolumentum auferitur heredi*. Quid postea? non enim dicit, heredem qui tacitam fidem adhibuit, fructuum quos ipse vendiderit, usuras præstare: sed usurarum emolumentum, si quas a debitoribus hereditariis perceperit, debet igitur usuras quas ipse a debitoribus collegit, restituere: pretii autem fructuum quos vendidit, usuras præstare non debet.

Hæc in malæ fidei possessore, quid in eo qui est

bonæ fidei? idem dicendum: (saltem post litem contestatam, nam exinde malæ fidei possessor habetur: ut supra dixi. cæterum ante litem contestatam non peræque idem dicendum est, tum enim non tenetur fructus aut eorum pretia restituere: nec igitur eorum usuras præstare; ne quidem ex tempore contestatæ litis: nisi forte ex his locupletior factus sit. quo casu cum fructus, quasi augmenta hereditatis, veniant in restitutionem, consequens est, ut eorum fructus, id est, usuras, quoque præstare debeat l. 40. §. 1. *D. de hereditatis petitione*. l. 1. §. 1.

C. cod. tit.

CAPUT XIII.

De vario atque incredibili usurarum abusu, cum manifesto, tum tecto, qui olim fuit: & adducta notabilia utriusque exempla: itemque remedia adversus abusum. Nomina certa apud Horatium, incerta in Senatusconsulto Macedoniano apud Ulpianum, l. 1. *D. de Senatusconsulto Macedoniano*. certus homo apud Ciceronem, *Sensus* l. 8. *C. Si certum petatur*, l. 16. *C. de usuris*, & quorundam aliorum juris Civilis capitulum.

Postquam exposui usurarum modum & tempus erit, de earum abusu quædam addere. non enim ubi debuit, substitit avaritia; sed sæpe finem modumque egressa est: fœneratoribus non unam centesimam, (quam etsi gravem ac sanguinolentam, tamen jus permittebat) sed binas, aut ternas, aut quaternas, etiam quinas, stipulantibus. Res fidem excedit. sed verissima est: & in mundo sunt qui probent testes. binatum enim centesimarum meminit Cicero *Verrin.* 3. c. 71. triplicis usuræ, id est, ternæ centesimæ, Juvenalis *Sat.* 9. vers. 7. quaternarum Cicero *lib.* 5. *Ad Attic.* *Epist.* ult. & *lib.* 6. *epist.* 1. & 2. & quinarum mercedum, id est, quinarum centesimarum, Horatius *lib.* 1. *Sermon.* sat. 2. vers. 14. atque ad hunc abusum nescio an præterea referam hæc Volusii Mæciani verba, *Distributione assis*, (etsi possint quoque referri ad fœnus nauticum; quod plures centesimas admisisse, supra monui capite VII.) *Centesima qua commodi aut usurarum nomine ad sortem applicaretur, sicilico, id est, C. averso, eo notari; quod cum C. centum significaret, convertebatur ad eam summam, cujus centesima futura erat: & si ve una convenerat, unus sicilicus; si ve plures, tot sicilici ponebantur.*

Sed liquet pessimi res exempli. sic enim vere dixerim. nam si qui ad eum modum exercerent fœnus, hi non duri aut acerbi fœneratores, sed impudentes atque improbi, habebantur. nempe, quia causa tam inmanis usuræ non poterat alia, quam turpis, esse. fœneratores enim, quamquam duri, tamen boni, quia pecunias suas (quod libro ostendi primo c. xi.) non aliis fœnerabant, quam quibus tuto credi possent, (quos Horatius nomina certa sequentibus appellat verbis *lib.* 2. *epist.* 1. vers. 103.

Roma dulce diu fuit, & solenne, reclusa

Mane domo vigilare: clienti promere jura:

Cantos nominibus certis expendere nummos)

usura centesima, si ve legitima, contenti erant, contra improbi aut fatui, quo plures centesimas stipulari possent, pecunias suas fere credebant nominibus malis, si ve incertis, id est, quibus non viderentur tuto credi. finge, homines qui lege prohiberen-

tur, aut per pauperatē, nequitiamve, non possent fœnori accipere. Tales fuisse videntur Scaptius & Marinius: qui, cum Salaminii Romæ, propter legem Gabiniam, non invenirent fidem, iis promiserunt pecuniam dare quaternis centesimis; modo si per Senatum solverentur lege, de eo sane Scaptio sic opinatur Cicero *d. lib.* 5. *epist.* ult. *Ad Atticum*. *Mihi autem impudens magis, quam stultus videbatur. nam aut bono nomine centesimis contentus erat; aut non bono, quaternas centesimas sperabat.* De eodem genere fuit Fufidius: qui ut quinas mercedes, si ve quintuplicem centesimam, sorti exsecaret; sectabatur homines perditos, aut filios familias, & adolescentes, luxuriosos ac prodigos: id est, mala & incerta nomina. Horatium audi *lib.* 1. *Serm.* sat. 2. vers. 12.

Fufidius vappa famam timet ac nebulonis

Dives agris, dives positus in fœnore nummis.

Quinas hic capiti mercedes exsecat, atque

Quanto perditior quisque est, tanto acrius urget.

Nomina sectatur, modo sumpta veste virili,

Sub patribus duris tironum. Maxime, quis non,

Jupiter, exclamat. simul atque audivit.

Superioribus addi potest Macedo, is qui Senatusconsulto Macedoniano & causam & nomen præbuit. idque opinor ipsis significari Senatusconsulti verbis quæ apposui ex l. 1. *D. de Senatusconsulto Macedoniano*, ut aliquod ex his invenirent lumen: sunt autem ista *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo quas illi natura administrabat, etiam as alienum adhibuisset, & sepe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet; placere, ne cui qui filios familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filios familias bonum nomen expectata patris morte fieri.* Senatus vocat incerta nomina quæ sunt mala; & e diverso bonum nomen quod Horatio *d. lib.* 2. *epist.* 1. vers. 105. est certum, si ve fidei minime levis aut dubiæ. quo sensu & Cicero videtur accipere *lib.* 5. *Ad Atticum epist.* ult. verbis sequentibus, *Q. Volusium, cui Tiberii generum, certum hominem, sed mirifice etiam*

etiam abstinentem, nisi in Cyprum. Significat vero Senatus, quod Macedo sectabatur nomina non certa & bona, atque adeo centesimam, sive legitimam, usuram: ut tunc solebant rigidi, & tamen boni, fœneratores: sed nomina incerta, sive mala, quo plures centesimas stipulari posset. quæ res erat fœneratoris flagitiosi atque impudentis, aut certe fatui. Juvenalis indicat *Sat. 6.* verba Juvenalis.

Non erat hac facie miserabilior Creperejus

Pollio, qui triplicem usuram præstare paratus

Circuit, & fatuos non invenit.

Sed avaritia non tantum palam excessit usurarum modum; sed etiam per fraudem, nec unam, sed variam. Placebunt exempla quæ adferam. unum est in *l. 8. C. Si certum petatur.* verba ejus sunt, *Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum, vel jumenta, vel alias species utriusque, consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori: licet ultra centesimam usuras stipulanti spopondisti: tamen fors, quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quidquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus, quod dedisti proponis, quo minus hujus quantitatis solutioni pareas.* Sic rectissime habet Haloandri exemplar; & complures manuscripti codices: etsi in quibusdam est, *legitima (summa) tantum recte petitur; & legitima quantitas:* ut monui *lib. 1. c. 2.* Species hæc est: tu a Titio poscebas mutuam pecuniam. ille cum non haberet, ut in *l. 11. D. de rebus creditis*, vel dissimularet, se habere; dedit tibi argentum vel jumenta vel alias species, utriusque consensu æstimatas: dein aurum pignori accepit, & usuras ultra centesimam stipulatus est; puto, non simpliciter, sed sub colore reparandi dispendii quod passurus sit ex mutuo; in quo amici gratia sit ei carendum argento fabrefacto, vel jumentis in quæ affectus cadat, sic solebant fœneratores; & quæritur Ambrosius, *De Tobia c. 3.* verba Ambrosii. *At ubi usurarum mentio facta fuerit, aut pignoris, tunc abjecto supercilio fœnerator arridet, & quem ante cognitum sibi denegabat, eundem tanquam paternam amicitiam recordatus osculo excipit, hereditarie pignus charitatis appellat, flere prohibet. Queremus, inquit, domi, siquid nobis pecunia est, frangam propter te argentum paternum quod fabrefactum est; plurimum damnerit, quæ usura compensabunt pretia emblemata? Sed pro amico dispendium non reformidabo, cum reddideris, reficiam. Itaque antequam det; reficere festinat; & qui in summa subvenire se dicit, usuras exigit. Kalendis, inquit, usuras dabis: fœnus interrim, si non habueris unde restituas, non requiro.*

Simile exemplum est in *l. 16. C. de usuris*, cuius hæc verba sunt. *Cum non frumentum, sed pecuniam fœnori te accepisse alleges, ut certa modiatio tritici præstaretur; ac nisi is modus sua die fuisset oblatus, mensurarum additamentis in fraudem legitimarum gravatum te esse contendas: potes adversus improbam petitionem competenti uti defensione.* Titius Sulpitio pecuniam credidit; ab eoque non hanc reddi, & si non reddatur, ejus usuras, stipulatus est: sed pro pecunia certam tritici modiationem præstari; ac, nisi is modus (in editis libris est *modus*: sed Russardi & Charondæ marginales Notæ, habent, *modus*: quod magis probo) sua die oblatus esset, mensurarum additamenta. quæritur, an teneatur debitor? Sed non putat Gordianus, eum teneri: sed posse adversus improbam petitionem competenti uti defensione: Atqui qui

pecuniam credit, is & pecuniam reddi stipulari potest, & aliud pro pecunia, *l. 2. D. de rebus creditis.* etiam, qui usuras ex pecunia stipulatur, non utique ejus materiæ, quam credidit, sed etiam alterius, usuras stipulari potest: ut supra traditum. hoc vero si est: non recte improba dicitur petitio quæ ex hujusmodi stipulatione fit. Et sane licet: nisi si quid fiat in fraudem legitimarum usurarum quo gravetur promissor, quod Gordianus in hac specie fieri observat. in qua creditor, cum mutuam dedisset pecuniam, debuerat pecuniæ usuras, id est centesimas, stipulari; sive in eadem, sive in alia, materia. nunc autem non centesimas, quas rei origo volebat, sed, quasi ex tritico credito, (qui titulus obligationis non verus, sed quæsitus erat) majores usuras stipulatus est: tritici enim, cæterorumque fructuum, usuræ, Gordiani tempore, non usque ad centesimam consistebant; sed eam egredi poterant: ut alibi probavi. recte igitur improba illa res dicitur: quia censetur facta in fraudem legitimarum usurarum quæ ex pecunia debebantur.

Fuit & alius color dissimulandi abusus usurarum sub appellatione pœnæ. pone, creditor non usuram majorem stipulatur: sed pœnam. an debetur promissa supra modum? non enim is pœnæ positus est, sed usuræ. multum autem interest inter usuram & pœnam. nam usura tantum quantitatibus, pœna etiam corporibus & factis, adjicitur. præterea usura pro usu debetur. pœna non ab usu pendet, sed ab eventu conditionis: denique hanc causam habet, ut coërceatur is qui non præstat quod promissit. valet igitur pœnæ stipulatio etiam supra modum legis: etsi usuræ stipulatio supra eam non valeat. Si tamen creditor in singulos menses pœnam stipulatus sit; quid interest, utrum pœnam, an usuram, dicat: cum enim usura quoque in singulos menses promittatur, si non hanc, sed pœnam, dicat; non rem, sed nomen, mutat. taceo, quod usura quæ ex mora promittitur, hanc conditionem habet, si pecunia sua die non solvatur: & ideo pœna appellatur. optime igitur Modestinus *l. 44. D. de usuris*, *Pœnam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.* Sed quid, si non in singulos menses pœnam stipulatus sit, sed semel pro toto tempore? scilicet, ut, si ad diem non solvatur debitum, ejus duplum, vel triplum, vel quadruplum, persolvatur qui est casus *l. 15. C. de usuris*, & *l. 13. §. 26. D. actionibus empti & venditi.* Possit aliquanto major, quam in superiore specie, dubitatio esse: quia usura per temporum intervalla sæpius incrementa accipit: pœna autem semel committitur; non sæpius. distinguitur igitur pœna ab usuris: & quamquam usura non possit centesimam egredi; tamen nil vetat, pœnam in duplum, triplum, aut quadruplum promitti *l. 56. D. de evictionibus*, *l. 38. §. 17. D. de verborum obligationibus.* Sed nec hæc disputatio alio pertinet, quam ut ea pœna non quidem adversus legis verba videatur adjecta: sed in fraudem legis. quæ cum usuras prohibet ultra modum, hoc agit, ne creditor præter sortem quidquam emolumenti sub qualicumque prætextu auferat, nisi quod intra finem legis subsistat. & sane, si quis majores usuras stipuletur, quam lex permittit, is & adversus legis sententiam facit, & adversus verba: quia facit non modo adversus id quod lex sensit; sed etiam adversus hoc quod dixit. sed si non usuras, sed pro his duplum, aut triplum, aut quadruplum, stipuletur; adversus verba

quidem nihil facit, sed mentem ejus circumvenit : quia facit adversus id quod lex voluit ; et si non facit adversus hoc quod dixit. & id Modestinus indigitat *l. 44. D. de usuris*, cum ait, neminem posse pœnam pro usuris stipulari supra modum usurarum licitum. nec istantum ; sed Gordianus quoque *d. l. 15. & Ulpianus d. l. 13. §. 26.* Atqui potest pœnæ stipulatio adscendere quoque ad duplum, triplum, aut quadruplum *d. l. 56. & d. l. 38. §. 17.* Nisi, si quid fiat in fraudem legis quæ usuras prohibuit ultra centesimam. quod tunc fieri videtur ; cum principaliter quantitas debetur certa die ; & si ea non solvatur, pecunia promittitur. qui est casus *d. l. 13. §. 26. D. de actionibus empti & venditi.* at cum non pecunia principaliter debetur, sed corpus aut factum, & si id præstitum non sit, pœna promittitur, qualiscumque illa fuerit ; contra dicendum est, nihil in fraudem usurarum fieri ; quia usura non in corporibus aut factis, sed in quantitatibus, locum habet ; pœna vero non in quantitatibus tantum, sed etiam in corporibus & factis, debetur.

Fuere & plura fraudum genera quibus circumveniretur legis sententia ; de quibus ita Justinianus *l. 26. §. 1. C. de usuris. Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrabere vel retinere siliquarum nomine vel sportularum vel alterius cujuscumque causa gratia.* sic Justinianus : sed quid velit, sequente capite in expositione horum verborum aliquanto plenius enarrabo.

Cæterum sive palam, sive adhibito colore, supra modum quid diceretur actum ; Veteres hoc pro nullo habebant, quatenus legitimum excederet finem : reliquum nihilominus peti permittebant : nempe, ne utile per inutile vitiaretur. Nisi placet quod Vir Summus, Barnabas Brissonus *lib. 3. Select. antiq. c. 1.* opinatur, lege Gabinia vetitum fuisse, ne jus diceretur ex ea syngrapha qua majus usura centesima fœnus promissum esset : idque a Cicerone indicari *lib. 5. At Atticum epist. ult.* Sed hoc non ita est ; & jam in antecessum refutavi capite IV. hujus libri. Nostro autem jure quod Pandectis continetur, nihil verius est, quam id quod legis modum excedit, improbari quidem : sed reliquum peti posse. id enim liquet ex *l. 29. D. de usuris, & l. 8. C. Si certum petatur.* & idem Papinianus vult *l. 9. D. de usuris* ; cum inquit, *Pecunia fœnebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitima usura respondi non tenere. quare pro modo cujuscumque temporis, superfluo detracto, stipulatio vires habebit.* Proponuntur, verbi gratia, centum aurei mutui dati, & interposita stipulatio, ut ea pecunia intra annum non soluta, debitor pœnæ nomine præstaret duplum, id est, ducentos aureos. ea stipulatio, vel ut Papinianus loquitur, is stipulatus, ut in *l. 1. §. pen. D. de pignoribus, & l. 4. §. 1. D. de nautico fœnore*, in altero tanto, id est, in duplo, ut in *l. 9. §. 5. D. de publicanis*, utilis quidem est, quatenus subsistit intra legitimam usuram ; sed, quatenus eam excedit, non tenet. nam, si debitor moram fecerit in solutione, non statim alterum tantum debetur : sed post primum annum saltem usura legitima, id est, duodecim aurei ; post alterum autem altera centesima, quæ cum priore juncta facit quatuor & viginti aureos : & sic porro. is enim est finis legitimæ, sive centesimæ usuræ. & hoc Papinianus vult : cum ait, pro modo cujuscumque temporis, super-

fluo detracto, stipulatio vires habebit. illud quoque placet quod Paulus *l. 20. D. de usuris* scribit, *Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi, cæterum sortem non vitiare.*

Atque hæc obtinuerunt, nondum solutis usuris. Sed quid, si solutæ sint ? videtur dubitatum fuisse, an potuerint repeti usuræ. nam Palus *lib. 2. Sentent. tit. 14. §. 9.* sic inquit, *Usura supra centesimam soluta sortem minuunt, & consumpta sorte repeti possunt.* Paulus vult, usuras supra centesimam solutas, nondum soluta & ideo extante adhuc sorte, ei imputari : sed solutas, post sortem solutione consumptam, quasi indebitas repeti. At contra Ulpianus *l. 26. D. de conditione indebiti.* verba Ulpiani. *Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit : sed si supra legitimum modum solvit, D. Severus rescripsit (quo jure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum ; & si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde & si ante fors fuerit soluta, usura supra legitimum modum soluta, quasi fors indebita, repetuntur. Quid, si simul solverit ? poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.* Sic Florentiæ editur : etiam Græci legerunt recte : quamquam in aliis libris est, *sorti debitas* : eamque scripturam probavit Johannes Robertus *lib. 2. Sentent. jur. c. 16.* Negat autem Ulpianus, usuras supra centesimam solutas repeti, et si indebitas ; modo si sint sortis debitæ : & addit, *D. Severum rescripsisse, eoque jure nos uti, si quis supra legitimum modum solvit ; non quidem repeti posse, sed sorti imputandum ; & si postea sortem solvit, sortem, quasi indebitam, repeti posse. proinde & si ante fuerit fors soluta, usuras supra legitimum modum solutas repeti, quasi sortem indebitam. quid, si simul solverit ? ait, posse dici, & tunc locum habere repetitionem l. 26. D. de conditione indebiti.* Voluit igitur Ulpianus, usuras sortis debitæ, solutas supra legitimum modum, sive nondum soluta fors sit, sive jam sit soluta, ei imputari : sed ipsas usuras, quasi indebitas, non repeti. forte, quia usuræ ex mora debitæ, ad instar pœnæ habentur ; quæ postquam depensa est, non repetitur *l. 42. D. eod. tit.* Habes Veterum varietatem. quam indigitat, simul tollit, Imp. Philippus *l. 18. C. de usuris*, cum sic ait, *Indebitas usuras, etiam si ante sortem soluta non fuerint, ac propterea minuire eam non potuerint, sed post sortem redditam creditori fuerint data, exclusa (veteris) juris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.*

Præter has cautiones adversus illicitas usuras de quibus dixi, olim fuit & quadrupli pœna. ejusque meminit Alconius Pedianus in *Divinat. p. 27.* sequentibus verbis. *Alii dicunt quadruplatores esse reorum accusatores qui convicti quadrupli damnari soleant, ut aleæ aut pecunia gravioribus usuris fœneratæ, quam pro consuetudine.* Sed & Cato, *De re rustica*, sic accipiendus, cum ait, *Majores enim nostri sic habuerunt, & ita in legibus posuerunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli.* Eam vero pœnam, defuetudine oblitteratam, deinde reduxere Imppp. Valentinianus, Theodosius, & Arcadius *l. 2. Cod. Theod. de usuris.* verba eorum. *Quicumque ultra centesimam jure permissam aliquid sub occasione necessitatis eruerit, quadrupli pœnæ obligatione constrictus, sine cessatione, sine requie, protinus ablata redhibebit. Hi vero qui antea pari furore grassati uspiam detegentur, in duplum extorta restituant.*

CAPUT XIV.

De nova usurarum definitione a Justiniano facta. l. 26. §. 1. C. de usuris diligenter & plene explicata.

Cum esset hic status usurarum quem exposui, eoque magis, quam e re publica esset, laxari videretur disciplina: recte atque ordine se facturum, existimavit Imp. Justinianus; si per se ei diligentius consuleretur: & cum intelligeret, non eandem omnibus esse pecuniæ utilitatem, sed aliorum magis, aliorum minus, interesse, pecuniam habere, aut eacare; pro varia hominum conditione, varie definivit usurarum modum, aliis majores, aliis minores, permittens: nempe, ut earum solutio non ad explendam fœneratoris avaritiam, sed ad damnum quod pati, vel lucrum quo carere, videretur, resarciendum pertineret: denique, ut æque in usuris & fœnore, atque in cæteris negotiis, inter contrahentes æqualitas Jure Gentium servaretur. ea Constitutio exstat l. 26. §. 1. C. de usuris, fere in hæc verba. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram & gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. ideoque jubemus, Illustribus quidem personis, siue eas præcedentibus, minime licere ultra tertiam partem centesimæ usurarum nomine in quocumque contractu vili, vel maximo stipulari. † Illos vero, qui ergasteriis præsumt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimæ (usurarum nomine in quocumque contractu) suam stipulationem moderari. † In trajectitiis autem contractibus, vel specierum fœnori dationibus, usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere; licet veteribus legibus hoc erat concessum. † Cæteros autem (omnes) homines dimidiam tantummodo centesimæ usurarum (nomine) posse stipulari: & eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usura solent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis, in regione obtinentis. † Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis, nullam penitus superfluo habeat actionem: sed & si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur. † Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrachere, vel retinere filiquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cujuscumque cause gratia. nam si quid hujusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars, quam usura ejus exigi prohibeantur. † Machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti majores usuras stipulari alios medios subjiciunt, quibus hoc non ita interdictum est, rescantes jubemus, si quid tale fuerit attentatum, ita usuras computari, ut necesse esset, tanquam si ipse, qui alium interpôsuit, fuisset stipulatus: in quo casu sacramenti etiam illationem locum habere sancimus.* Prima Imperatoris providentia est circa personas Illustres & eas præcedentes. de quibus, si lubet, vide V. Cl. Jacobum Gutherium lib. 1. De officiis domus Augusta c. 4. item c. 10. & 11. Permittit autem Imperator his personis in quocumque contractu vili, vel maximo, usuras stipulari dumtaxat usque ad tertiam centesimæ partem, id est usque ad trientes usuras. atque ut has & non majores his indulgeret; præsertim movisse eum videtur, quod Veteres has usuras levissimas opinabantur: simul,

quod illas personas a sordibus atque aviditate alienas esse oporteret. voluit igitur, per has alios sublevari pecunia; & his fructus ejus usura repensari: sed sine illiberalitatis aut avaritiæ suspicione. quæ cum in trientes usuras minime cadere videretur; & Antoninus Pius, apud Capitolinum, ejus vita c. 2. *Fœnus trientarium, hoc est, minimis usuris exercuit, ut patrimonio suo plurimos adjuvaret.* Alexander quoque Severus, apud Lampridium, in ejus vita c. 21. *Fœnus publicum trientarium exercuit.* Sic Justinianus in Illustribus viris & eos præcedentibus.

Illos vero qui ergasteriis præsumt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, vult, usque ad bessem centesimæ usurarum nomine in quocumque contractu suam stipulationem moderari. Ergasteria vero illi sunt officinæ, seu loca mercimoniis deputata: ut in l. 1. C. de metatis, lib. XII. tit. 41. denique, mercaturæ exercendæ tabernæ. unde ergasteria & tabernæ conjunguntur l. 2. C. de Episcopis & Clericis, & l. 10. Cod. Theod. de Episcopis, Ecclesiis & Clericis. Quod si est; intelligimus, bessem usuras cuicumque indulgeri negotiatori: qui licitam exerceat negotiationem: etiam argentariis. nam & hos negotiatorum appellatione contineri, & ergasteriis præesse, ostendit rubrica & l. unica C. Negotiatores ne militent, lib. XII. tit. 35. cui adde sis l. 1. Cod. Theod. de lustrali conlatione, lib. 13. tit. 1. & recte. est enim eorum professio, lucrum sequi, & hunc in finem otiosam servare pecuniam, aut ab aliis fœnori accipere: iniquum vero videretur, illis qui impensas faciunt, ut alios pecunia adjuvent, eas non resciri Novell. 136. c. 4. centesimam tamen his non concessit Justinianus: quod centesima, etsi legitima erat, tamen, si Senecam audimus, sanguinolenta habebatur: nec aliorum erat, quam acerbissimorum aut certe durorum fœneratorum: ut ex Cicerone lib. 6. Ad Atticum epist. 1. & Seneca epist. 118. apparet. non autem voluit Justinianus, fœneratorum aviditatem fovere; sed communem adjuvare utilitatem.

Porro voluit Justinianus, cæteros (omnes) homines dimidiam tantummodo centesimæ usurarum (nomine) posse stipulari: id est semisses usuras. quæ usuræ Veteribus visæ sunt civiles ac modicæ: ut alibi demonstratum est ex Plinio lib. 14. Natur. hist. c. 4. amplius jussit Imperator, hunc modum a fisco observari: siue ei principaliter stipulanti debitores usuras promiserint; siue actiones a prioribus creditoribus ad eum sint quocumque modo devolutæ l. ult. C. de usuris fiscalibus, lib. 10. tit. 8. quod & ante obtinuisse, hujus libri capite x. probavi.

Jam omnibus, siue sint negotiatores, siue non sint, concedit Justinianus centesimæ stipulationem; at non passim, sed certis dumtaxat in casibus. Unus est in trajectitiis contractibus: in quibus pecunia datur trans mare vehenda periculo creditoris. nam cum creditor pecuniæ periculum quod ad debitorem pertineret, ex pacto in se suscipit: non iniquum fuerit, æstimatione hujus periculi ei a debitore majore usura reparari. Sed ea ratio efficit, ne infra centesimam subsistat usura nautica: nō impedit, ne eā egredia-

grediatur : quamquam hoc quoque vetet Justinianus, cum vetustas pateretur, atque ideo placuit seculi moribus, (de quibus V. Cl. Hugo Grotius lib. 3. introd. ad jurispr. Batav. c. xi.) relicta Justiniani definitione, redire ad jus antiquum, quo (ut capite vii. hujus libri tradidi) non lex, sed pacificentium utilitas, finem nautico ponebat fœnori, pro ratione majoris aut minoris periculi cujus pretium creditori eo fœnore refici oportet. Habes priorem casum in quo Justinianus centesimæ stipulationem permisit. Alter casus est in specierum fœnori dationibus. eas autem species dici fructus, capite viii. hujus libri cum ex aliis ostendi, tum ex Hieronymo, ad Ezechielem lib. 6. c. 18. p. 206. simul, cur visum Veteribus fuerit, ex speciebus creditis majorem, quam ex mutua pecunia, usuram indulgere.

Cæterum, constituta usurarum quantitate, vetat Imperator : ne ea amplietur aut stipulatione, aut etiam in aliis omnibus casibus in quibus cura stipulationem exigere solent. Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis : jussit, eum nullam penitus de superfluo habere actionem. sed & si acceperit, in sortem hoc imputare. adeo non integram improbat stipulationem, sed quod illicite adjectum est, pro non adjecto habet : scilicet, ne alioquin utile per inutile vitietur. denique, si quid amplius exactum fuerit, quam hac lege jus sit, vult, eo sortem minui.

Fuit etiam & quadrupli pœna : ut ex Catone, De rerum rustica, & Asconio Pediano in Divinat. pag. 27. ante demonstratum est : & hanc pœnam, de inuetudine inumbratam, deinde reduxerant Imppp. Valentinianus, Theodosius, & Arcadius l. 2. Cod. Theod. de usuris. sed ea lex, quia Codici a Justiniano inserta non est, ei displicuisse videtur.

Illud quoque Imperator, quo magis occurreret fœeneratorum fraudibus, prudentissime vetuit ; ne quis ex pecuniis fœnori dandis, aliquid detraheret, vel retineret siliquarum, vel sportularum, nomine, vel alterius cujuscumque causa gratia. Est autem siliqua, auctore Isidoro, quarta & vicesima solidi pars. inde siliquaticum, cum dimidia siliqua in nundinis ex cujuscumque mercis negotiatione in singulos solidos fisco a venditore exigitur, item altera dimidia ab emptore. vid. Cujac. lib. 16. Obs. c. 23. Porro sportula sunt, munera : & fuit is avidiorum mos fœeneratorum, ne viderentur ullas, aut certe majores, quam deceret, usuras stipulari, munuscula accipere, aut detrahere. meminit Hieronymus, in Ezechielem lib. 6. c. 18. his verbis, *Alii pro pecunia fœnerata solent munuscula accipere diversi generis : & non intelligunt usuram appellari & superabundantiam, quidquid illud est, si ab eo quod dederint, plus acceperint.* Lactantius quoque lib. 6. Divin. inst. c. 18. de viro justo agens, sic infit, *Munus non accipiat a paupere, ut si quid ipse præstiterit, eo bonum sit, quo fuerit gratuitum.* Sed Imperator non tantum siliquarum, aut sportularum, nomine aliquid detrahi aut retineri vetat : sed præterea etiam alterius cujuscumque causa gratia. Quod quid sit, docuit me Ambrosius De Tobia c. 14. cujus verba, etsi complura sint, adscribenda credidi. sunt autem hæc. *Et quia plerique refugientes præcepta legis, cum dederint pecuniam negotiatoribus, non in pecunia usuras exigunt ; sed de mercibus eorum tanquam usuram emolumenta percipiunt, ideo audiant, quid lex dicat : neque usuram, inquit, escarum accipies, neque omnium rerum quas fœneraveris fratri tuo : fraus enim ista & circumscriptio legis est, non custodia. Et putas te pie facere quia*

a negotiatore velut mutuum suscipis ? inde ipse fraudem facit in mercium pretio ; unde tibi solvit usuram. fraudis illius tu auctor, tu particeps, tibi proficit quidquid ille fraudaverit. Et esca usura est, & vestis usura est, & quodcumque sorti accedit, usura est. Quod velis ei nomen imponas, usura est. Si licitum est, cur vocabulum refugis ? cur velamen obtexis ? Si illicitum est, cur incrementum requiris ? Quod pejus est, hoc vitium plurimorum est, & maxime divitum, quibus hoc nomine struuntur cellaria. Si quis instaurandum convivium putat, ad negotiationem mittit, ut ab synthiaci cupellam sibi gratis deferat : ad cauponem dirigit, ut Picenum vinum, aut Tyriacum requirat : ad lanium, ut vulvam sibi procuret : ad alium, ut poma sibi adornet. itaque humanitatem judicant quæ alieno periculo constant. Quod si hujusmodi quid factum fuerit, vult Imperator, principale debitum ab initio ea quantitate minui, ita ut tam ipsa minuenda pars, quam usuræ ejus, exigere prohibeantur.

Præterea cum futurum animadverteret, ut qui tantum trientes usuras stipulari possent, ipsi fœnus darent, non per se, sed per alios quibus jus esset, majores usuras stipulari, etiam jussit, si quid tale factum probaretur, non sic computari usuras, quasi in stipulationem deductæ forent a subjecta persona : sed quasi ipse qui eam subjecerit, eas stipulatus esset : & ideo usuras, non majores, sed minores, ei solvi. ac si quæ suspicio ejus machinationis esset ; ne tamen probari posset : voluit debitori jus esse, creditorem urgere ad jurisjurandi præstationem : quo declaret, se eas usuras, non alieno, sed suo, nomine, stipulatum esse.

Atque hæc obtinere voluit, si stipulatione promissa sint usuræ. Sed quid, si sine ea debeantur officio Judicis ? idem puto : & hoc sequentia Justiniani verba indigitare, Cæteros autem (omnes) homines dimidiam tantummodo centesima usurarum (nomine) posse stipulari : & eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus cura stipulationem exigere solent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis in regione obtinentis. Potest igitur Judex officio suo remisses, aut minores, usuras constituere ; si is in regione mos sit : sed majores non potest. exéplo juris veteris quo Judex etiam potuit eas ex more regionis definire ; modo si intra legitimas, sive centesimas, consisteret : ut ex Papiniani verbis quæ apposui ex l. 1. D. de usuris, intelligitur, Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur : ita tamen, ut legi non offendant. Possit quis opinari, postrema verba esse a Triboniano adjecta ex superiore legis Justinianæ versu. Sed ex his quæ dixi capite v. & vi. hujus libri, puto, apparet, verius esse, ea Papiniani esse. quamvis, si exponenda sint hodie ex Justiniani mente, non repugnet, quo minus ex hac lege accipiant interpretationem quam ante non habuere. Sic certe visum Theodoro, Basilic. lib. 23. tit. 3. scholio ad eum locum p. 388. tom. 3. cum, *In bonæ, inquit, fidei judicis permittitur judici cognoscere de usuris, easque definire secundum eas quæ in regione frequentantur, ubi contractum est : nisi lex refragetur : id est, tunc judex morem regionis sequi debet, quando usura quæ frequentatur in regione, non excedit semissem usuram.* Quod si est ; vereor, ne lapsus videri possit Claudius Salmasius, De modo usurarum c. 4. pag. 181. in fine : cum de trientibus usu-

ris ita inſit, *Quas uſuras videtur Juſtinianus omnibus bonæ fidei contractibus præſiſſe quæ olim ex more regionis arbitrio judicis conſtitui moris erat, dum ne legitimarum modum tranſirent.*

Sed quid, ſi lex velit quo in caſu majores uſuras adjudicari? fac: tutor pupilli pecuniam cujus tutelam adminiſtrabat, in uſus ſuos clam convertit: ſcribunt Vereres, eum ad legitimas, ſive maximas, ſive graviffimas, uſuras teneri Principum Conſtitutionibus: ut oſtendi *hujus libri capite v.* quid dicemus, poſt Juſtiniani Conſtitutionem? eum ad centeſimas, an ad ſemiſſes, teneri? ſed puto, ad ſemiſſes: propter ſuperiora Juſtiniani verba. quæ cum generaliter atque indiſtincte loquantur, eum hac lege a priore jure reſeſſiſſe, clare evincunt. Sed id clariuſ fit ex *l. 3. C. de uſuris rei judicata*: in qua ſic diſſerit Juſtinianus, *Si enim ex judicati actione centeſimæ omnimodo currunt uſura, ex contractibus autem hoc raro contingit: in capitulis lege noſtra tantummodo exceptis, huiusmodi iniquitatem ipſa rerum neceſſitas introducebat.* idque & Græcis ſedit, *Baſilic. lib. 38. tit. 17. tom. 5. pag. 188.* in enarratione *l. 1. C. de pupillaribus uſuris.* in qua Imp. Alexander ita reſcribit, *Tutorem vel curatorem pecunia, quam in uſus ſuos convertit, legitimas uſuras præſtare debere, olim placuit.* quas vero Alexander vocat *legitimas uſuras*, Græci *ſemiſſes* interpretantur ex Juſtiniani ſententia: & tamen ex uſu temporis Alexandri de quo egi *capite v. hujus libri*, apparet, eum Principem non ſemiſſes, ſed centeſimas, intellexiſſe.

Ab hac tamen parte excipe pecuniam debitam ex cauſa judicati. quæ ſi ſoluta non ſit intra quadrimeſtre ſpatium a lata ſententia: voluit Juſtinianus *l. 2. C. de uſuris rei judicata*, ex ea centeſimas uſuras exigi, quas olim Antoninus *l. 1. C. cod. tit.* poſt legitimum tempus definiſſerat in gratiam ſiſci: ut ex Baſilicis, & ipſius legis inſcriptione, jam oſtendi *capite x.* Cæterum poſt Antoninum cœpit

reus, poſt tres meſes a lata ſententia interpellatus, ad duplices centeſimas teneri. ſic enim placuit Imppp. Gratiano, Valentiniano & Theodoſio *l. unic. Cod. Theod. de uſuris rei judicata*, atque, ut ipſi ajunt, exemplo poſſeſſorum malæ fidei; qui ſolebant ex priſci juris formulis in duplos fructus conveniri. Sed id juſ ſuſtulit Imp. Juſtinianus *l. 26. §. 1. C. de uſuris.* nam pro duabus centeſimis quæ ante obtinebant hac in ſpecie, dimidiam centeſimæ ſubſtituit. ſed poſtremo hoc quoque juſ mutavit *d. l. 2. C. de uſuris rei judicata*, reſtituta centeſima, & definitis induciis quadrimeſtribus, adeo hanc *l. 2.* eſſe laram poſt *d. l. 26. §. 1.* ex utriuſque & ſubſcriptione, & tenore, intelligitur.

Illud quoque præteriri nolim, quod Juſtinianus *l. ult. §. ult. C. de jure dotium* conſtituit, extraneum qui pro muliere quam non habet in poteſtate, dotem promiſit, nec eam ſolvit intra biennium, deinde ad uſuras teneri; ſed non uſque ad ſemiſſes; ſed dumtaxat uſque ad tertiam centeſimæ partem. Item in *l. unic. §. 7. C. de rei uxoria actione* voluit, ut maritus, ſi ſuperſederit, res mobiles vel ſe moventes vel incorporeales poſt annale tempus reſtituere, vel cæteras res ſtatim poſt diſſolutum matrimonium, æſtimationis omnium rerum quæ extra immobiles ſint, uſuras, uſque ad tertiam partem centeſimæ ex bona fide introducendas, præſtet.

Sed non tantum hæc quæ dixi, noviter conſtituit Juſtinianus: verum præterea vetuit *l. 28. C. de uſuris*, & *l. 3. C. de uſuris rei judicata*, uſuras uſurarum exigi, etiam in ſortem redactarum, ſive ſtipulatu, ſive judicato. Sed quia in antecellum de

his egi *c. xi. hujus libri*,

actum non agam.

* *





GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DE
FOENORE ET USURIS
LIBER TERTIUS.

CAPUT I.

Causas usurarum duas videri, vel in obligatione, vel in officio Judicis. In obligatione esse quæ ex testamento debentur, aut ex conventionione. Usuras in stricti juris contractibus non ex pacto, sed ex stipulatione, deberi. Quid, si usuræ ex consensu præstitæ sint longo tempore? Complurimum, & satis difficilium, locorum diligens & accurata interpretatio.



Absolvi primam & secundam operis suscepti partem. superest tertia, quibus ex causis usuræ nasci aut tolli videantur. sed primum exponam causas ex quibus nascantur usuræ. eas causas bifariam dividit Papinianus l. 58. D. Ad SCtum Trebellianum. ait enim, usuras vel in obligatione, vel in officio Judicis, esse. obligatio vero vel ex testamento proficiscitur, vel ex conventionione. Primum venit obligatio ex testamento. & recte. cum enim lex Duodecim Tabularum, quæ de testamentis cavet, jubeat, uti paterfamilias super pecunia sua legasset, ita jus esse; quid mirum, legatis usuris, ex testamento, quasi ex contractu, obligationem nasci? Sed hoc Ulpianus probat l. 3. §. ult. D. de annuis legatis, verbis sequentibus. *Si cui certa quantitas legatur, & quoad præstetur, in singulos annos certum aliquid, velut usuras jusserit testator præstari, legatum valet: sed in usuris hætenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.* Testator Sejo certam legavit summam: & quoad præstetur, in singulos annos certum aliquid præstari jussit. putat Ulpianus, legatum valere; perinde ac si testator usuras Sejo præstari jussisset. utique, *quatenus modum probabilem usurarum non excedit.* nam licet verbis legis Duodecim Tabularum his, *uti legasset suæ rei, ita jus esto*, latissima tribuatur potestas legandi: tamen, quod Pomponius observat, coangustata est & interpretatione legum, & auctoritate jura constituentium l. 120. D. de verborum significatione. ita prorsus, ut nemo possit in testamento suo cavere, ne leges in eo locum habeant l. 55. D. de legatis lib. 1. Debentur igitur usuræ primum obligatione ex testamento nata.

Deinde debentur ex conventionione; sed non omni. nam ut Paulus lib. 2. Sentent. tit. 14. scribit,

Si pactum nudum de præstandis usuris interpositum sit, nullius est momenti. & addit rationem: ea ratio est, Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur. usuræ igitur ex nudo pacto non debentur, nisi naturaliter: ex stipulatione etiam civiliter debentur l. 5. §. 2. D. de solutionibus. Inde Antoninus Pius l. 1. C. de usuris ait, Si interrogatione præcedente, (id est, stipulatione: ut in illo Senecæ lib. 3. De beneficiis c. 15. Ille non est interrogatione contentus, nisi cum manu sua tenuit) promissio usurarum recte facta probetur optimo jure deberi. scilicet, quia hoc casu non retineri tantum, sed & peti, possunt: cum illo, etsi retineri possint, tamen peti non possint. Atque hoc in causis stricti juris, puta, fœnebre pecunia, Severus & Antoninus rescripserunt l. 3. C. eod. tit. eo rectius: quia pacta, etiam in continenti adjecta contractui stricti juris, cum eum augent, ei non insunt; neque actionem formant: licet, si detrahant, fere hoc jure utamur adversus juris regulas, ut ex parte rei insint; & ideo actionem ipso jure tollant: ut ex l. 11. §. 1. & l. 40. D. de rebus creditis, aliisque locis pridem plenius demonstrabo ad Edictum de pactis. Sed res certa est: & clare Africanus l. 24. D. de præscriptis verbis scribit, pecuniæ creditæ usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi. Sed & Imp. Antoninus l. 7. C. de usuris ait, creditorem instrumentis suis probare debere, usuras se stipulatum; si potest. Quamquam, si id non sit, & aliter probari possit, interrogatione præcedente, factam esse usurarum promissionem, adhuc optimo jure debentur l. 1. C. eod. tit. res enim huc credit, utrum stipulatione promissæ sint usuræ, nec ne.

Usque adeo, ut si ex consensu aliquando præstitæ sint, ob id non videatur obligatio in futurum constitui d. l. 7. l. 28. C. de pactis: quia, ut maxime ad pactionem proficiat ea præ-

præstatio ; ad stipulationis tamen solemnitatem quam usuræ desiderant , non sufficit. Nec hoc in usuris tantum obtinet : sed in operis quoque liberti. nam ut Modestinus *lib. 1. Regularum* scribit *l. 31. D. de operis libertorum. Operis non impositis manumissus , etiam si ex sua voluntate aliquo tempore præstiterit , compelli ad præstandas , quas non promissit , non potest.* Scilicet , quia libertus patrono operas demum debet ; si eas jurejurando , aut stipulatione , promissit *l. ult. D. de liberali causa. l. 3. l. 5. l. 7. D. de operis libertorum* : ac si aliquando eas ex sua voluntate præstitit ; potest ea res patrono ad pacti probationem proficere ; sed ad jurisjurandi religionem , aut stipulationis solemnitatem , prodesse non potest.

Clara hæc & vera. Sed tenebras inducit Antoninus *l. 1. C. de fideicommissis* , verbis sequentibus. *Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua , ut tibi alimenta menstrua , & vestiarium annuum præstaret , eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis , id est , non minus in tali causa triennio , ea præstitisse , ut in futurum quoque ea præstentur , & si qua in præteritum præstita non sunt , ut exolvantur , impetrabis.* Verum , ut intelligatur obsecuri sensus loci , primum finge inutile fideicommissum ; quale proponitur *l. 2. C. cod. tit.* nam si utile putetur , quæ erit dubitandi aut definiendi ratio ? quando alimenta , etiam numquam præstita , ex utili fideicommissio debentur *l. 18. §. 1. D. de alimentis legatis.* deinde speciem vide : ea species est. Demetrius matrem suam heredem instituit ; eamque rogavit per fideicommissum , ut Sejo alimenta menstrua , & vestiarium annuum , præstaret. mortuo Demetrio , inutile esse fideicommissum , apparuit. mater igitur Sejo nihil debebat. quamquam ultro secuta filii voluntatem , Sejo alimenta menstrua , & vestiarium annuum , solvit : fecitque id non semel , sed per multum temporis : id est , ut lex ait , non minus triennio. deinde noluit ea præstare. quæritur , an teneatur ? ait Imperator , si probeatur , Demetrium de matre petiisse , ut Sejo alimenta menstrua , & vestiarium annuum , præstaret ; eamque secutam filii voluntatem , ea præstitisse per multum temporis , id est , non minus triennio : magis esse , ut in futurum teneatur mater. ea & si quæ in præteritum non sint præstita , exsolvere. Videtur igitur ad futuræ obligationis inductionem diuturna valere præstatio. Sed ne hoc dicas. nam si inutile sit fideicommissum ; & heres id sponte præstitit per multum temporis , hoc est , per spatium non minus triennio : in futurum ad ejus præstationem obligatur. nempe , quia ea præstatione , tam frequente & constante , defuncti voluntatem approbasse videtur. quæ res ad confirmandum fideicommissum , id est , ad inducendam ex defuncti voluntate obligationem , sufficit *l. 16. §. 1. C. de testamentis.* Idem ex Justiniani Constitutione est , si quis , tamquam emphyteuta , fundi domino longo tempore solvit redditum vel canonem. nam & hic ad ejus præstationem tenetur *l. 20. C. de agricolis & censitis , lib. XI. tit. 47.* non aliam ob causam quam quod redditus solutione , tam crebra , in emphyteusin domino consensisse intelligitur : nec plus ad ejus constitutionem desideratur *l. 1. C. de jure emphyteutico. §. 3. Inst. de locatione & conductione.* Sed non idem est , si usura sæpius præstetur ex consensu. non enim inducitur ea re stipulatio quam usuræ desiderant. tantum prior agnoscitur consensus : qui ad usurarum inductionem ante inutilis erat : nunc quoque inutilis

Noctæ Operum Tomus I.

manet ; cum tantum nudum efficiat pactum ex quo nulla jure civili actio nascitur. & ita est ; frequens & diuturna usuræ præstatio , ut maxime profit ad pacti probationem , tamen , quia ad stipulationis solemnitatem non sufficit , in futurum obligationis neque causam , neque præsumptionem , parit : etsi varie putant eruditissimi homines.

Atqui pro his stat Papinianus *l. 6. D. de usuris* , his verbis. *Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur , & usurarum questio moveretur , Imperator Antoninus ideo solvendas usuras judicavit , quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset.* Non ita est : saltem factum confidera. id factum tale est. Filius , vel servus , mutuam accepit pecuniam , eamque & ejus usuras creditori promissit per stipulationem. (sic enim cenfeo , & sequentia ostendent) pater , aut dominus , usuras longo tempore præstitit. eo mortuo , creditor usuras ab herede petit actione de in rem verso. in quam constat venire usuras ; sed (quod observandum) non alias , quam in stipulationem deductas *l. 10. §. 5. D. de in rem verso.* præterea non negat heres , usuras sic a filio aut servo promissas esse ; sed (quod ex initio capitis intelligitur) negat , pecuniam ex qua usuræ petuntur , in rem patris aut domini esse versam ; ideoque se eas , etsi a filio aut servo promissas , patris aut domini nomine debere : scilicet , quod non possunt usuræ , nisi debitæ pecuniæ , promitti. sic heres. at creditor ? heredem frustra resistere , ne usuras solvat. non enim promissas modo a filio , aut servo , esse ; sed etiam a patre , aut domino , præstitas : nec semel , sed diu : neque hoc facturum videri ; nisi scivisset , pecuniam , ex qua promissæ usuræ essent , in rem ejus versam esse. quem enim usurasolvere , nisi debitæ pecuniæ ? porro patrem aut dominum , suo nomine non debuisse pecuniam , etsi filio , aut servo , creditam , præterquam in rem suam versam , habes factum. Quod cum oblatum Antonino esset , judicavit , quod pater aut dominus in rem suam versum esse , atque a se deberi , ostendit , id ejus heredem in rem ejus versum esse , atque ab eo deberi , negare non posse. patrem autem , aut dominum , etsi non verbis , tamen rebus , declarasse , in rem suam versam , atque adeo a se debitam , esse pecuniam ; cujus usuras longo tempore præstitisset. sic Antoninus. Quid ni ? an qui usuras solvisse probatur , is debitum inficiari potest ? sed placet quod apud Theophrastum , *Ethicis characteribus , cap. De diffidentia* , homo diffidens , *Ad debitores suos fœnus sortis exacturus , cum testibus accedit , ne inficias videlicet ire possint.* Non igitur vult Papinianus , Imperatorem judicasse , usuras quæ non probarentur promissæ , idcirco solvendas esse , quod a patre aut domino longo tempore essent præstitæ ; perinde quasi earum causa ex diuturna præstatione aut adquiratur , aut præsumatur : sed , quod primus per nebulam vidit V. CL. Franciscus Duarenus , *ad tit. de usuris c. 2.* cum liqueret , usuras stipulatione promissas esse a filio , aut servo ; & ambigeretur , an pecunia ex qua promissæ dicerentur , in rem patris aut domini versa esset : Imperatorem judicasse , patrem , aut dominum , usurarum solutione , atque ea longi temporis , pecuniam in rem suam versam esse , ipso facto declarasse ; & ideo heredem ejus ad usurarum quas defuncti filius aut servus promissit , solutionem teneri. Is est sensus *d. l. 6.* idem clarius futurus , addita specie *§. 1.* ejusdem loci. verba ejus *§. Imperator quoque noster Severus filia*
S
Flavii

Flavii Athenagora, cujus bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussit, quod ea patrem prastitisse dotis usuras allegasset. Species est. *Favius Athenagoras* pro filia sua, ritu antiquo, cujus meminit *Juvenalis*, *Sat. x. vers. 335.* decies centena (id est, decies centena milia sestertiorum nummorum; ut *Antonius Augustinus* observat *lib. 2. Emend. c. 6.*) dotis nomine promisit. is *Athenagoras* eam dotem non solvit; sed interim usuras ejus prastitit pro filiae exhibitione. (quod & factum *l. 60. §. 3. D. Mandati vel contra, § l. 98. D. de acquirenda hereditate*) deinde commisso ab *Athenagora* delicto, bona ejus publicata sunt. filia a fisco petit dotem, a patre promissam: causa ea, quod fiscus patri successit, & hoc nomine ejus creditoribus tenetur. quia, ut commodè *Quintilianus*, *Declam. 273. Patrimonii in alium*

transituri ratio est, ut primum credito satisfiat. neque id negat fiscus; sed dotem filiae a patre esse constitutam. illa contra ostendit, patrem sibi dotis usuras prastitisse, neque id facturum fuisse, non constituta dote. ait *Papinianus*, *Imp. Severum* iussisse, filiae *Flavii Athenagorae* de fisco ideo decies centena dotis nomine numerari; quod ea patrem dotis usuras prastitisse allegasset. judicavit igitur *Imperator*, patrem, quum dotis usuras prastitit, dotem a se promissam esse, ipsa re declarasse. sicut pater intelligitur, pecuniam quae filio credita sit, in rem suam versam esse, ostendisse eo, quod ejus usuras creditori solvit.

CAPUT II.

Usuras in stricti juris contractibus aliquando ex nudo pacto deberi: Quando? Scævola restitutus l. 7. D. de nautico fœnore. difficultas sublata ex l. 11. §. 2. D. de usuris, quam frustratollere tentavit Salmasius.

Sed apparet, usuras Jure Civili non nudo pacto, sed stipulatione, constitui. nec tamen inficior, (quod & *Imperator Justinianus Novell. 136. c. 4.* notat) esse casus quibus singulari ratione placuit, usuras etiam ex nudo pacto deberi. Indulgit autem is *Imperator* hoc argentariis, si mutuum dederint, & usuras non stipulati, sed pacti, sint *d. c. 4.* praefatus, quod *Qui omnibus opem ferre parati sunt, hos utique per hujusmodi minutias injuriam perpeti, justum non fuerit.* Et de hoc casu accipit *Salmasius*, *De usuris c. 6. pag. 126.* hæc *Modestini* verba ex *l. 41. §. 2. D. de usuris.* Ab *Aulo Agerio Gajus Sejus* mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: Ille scripsit, me accepisse, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos. Quæro, an ex eo instrumento usura peti possint, & quæ? *Modestinus* respondit, si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse. Sed mihi *Salmasii* interpretatio displicet. ut enim usura argentariis ex nudo pacto debeat, primum a *Justiniano* introductum est *d. Novell. 136. c. 4.* nec a *Modestino* doceri potuit: quia ejus tempore nondum jus fuit; nec potuit is somnare, aliquando fore, ut a *Justiniano* reciperetur. Magis suspicer, in *d. l. 41. §. 2.* subjectam nudæ pactioni fuisse stipulationem; (sic enim solet fieri *l. 7. §. 12. D. de pactis*) sed hanc non apparere; quia a consultore integra non editur cautio, tantum quod non esset integra opus: cum non hæc ei quæstio esset, an usura in stricti juris contractu ex pacto deberentur; sed an deberentur ex formula qua convenerat, ut deberentur usura placita inter nos; nec apparet, de quibus usuris convenisset. non autem novum est, ut in propositis casibus a consultoribus instru-

menta non integra recitentur: sed pro parte quæ faciat ad præsentem quæstionem.

Simile privilegium videtur datum civitatibus. nam etiam his ex nudo pacto deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, *Paulus*, *lib. singul. Regularum*, auctor est *l. 30. D. de usuris.* & hoc privilegium esse, observat *Scholias* *Basilic. lib. 23. tit. 3. tom. 3. pag. 440. lit. C.*

Simile jus est frumenti vel hordei mutuo dati *l. 12. C. d. t.* Etiam fœnoris nautici: de quo ita *Scævola l. 7. D. de nautico fœnore.* In quibusdam contractibus etiam usura debentur, quemadmodum per stipulationem. nam si dederò decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere. Sic habent omnes libri: sed desunt verba, ex pacto. adjice, & lege, In quibusdam contractibus etiam ex pacto usura debentur, quemadmodum per stipulationem. sensus est, usuras in quibusdam contractibus æque ex pacto, atque ex stipulatione, deberi. & exemplum *Paulo* in pecunia trajectitia: id exemplum est, si dederò decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam: id est, si dederò decem trajectitia, & pactus sim, ut salva nave, sortem cum certis usuris recipiam: dicendum est, posse sic sortem cum certis usuris recipere.

Atque hoc postquam in trajectitia pecunia placuit: deinde obtinuit quoque in cæteris quæ ad instar trajectitiæ pecuniæ haberi, supra dixi ex *Scævola l. 5. pr. §. 1. D. de nautico fœnore.*

Exposui casus in quibus usura in contractibus stricti juris etiam ex nudo pacto petantur. qui tamen quia singulari ratione sunt recepti; apparet, usuras in reliquis non ex pacto, sed ex stipulatu, peti.

CAPUT III.

Usuris in stipulationem deductis sine certo modo, civili jure nullas deberi: nisi argentariis quibus nova Justiniani Constitutione beſſes eo in casu debentur. species & sensus Ulpiani. l. 34. D. de regulis juris. Modestinus expeditus l. 41. §. 2. D. de usuris, & Ulpianus l. 31. D. eod. tit.

At neque hoc sufficit, usuras in stipulationem deduci: nisi præterea certus earum modus exprimatur. qui si non sit additus: Jure Civili non ex more regionis, ubi contractum est, finitur: sed inutilis habetur stipulatio. Atqui in bonæ fidei judiciis usuræ, si officio Judicis debeantur, reguntur more qui in regione frequentatur. fateor: sed non ex regula juris: sed quia in his sic a Principibus constitutum est: ut ex l. 37. D. de usuris, & l. 12. §. 9. D. Mandati vel contra, ostendi lib. 11. cap. v. & lib. 111. cap. vi. at in usurarum stipulatione nihil tale. igitur si sine fine promissæ sint; non ex more regionis finientur, cessante Constitutione: sed ex regulis juris non valebit stipulatio, quasi incerta usura in eam deducta sit, quemadmodum, si quis, quod pondere, numero, aut mensura, contineatur, sine adjectione ponderis, numeri, aut mensuræ, stipulatus sit, vel insulam ædificari, non demonstrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine; ait Papinianus, imperfectam esse stipulationem l. 115. D. de verborum obligationibus.

Nec est, quod turbet quem Ulpianus l. 34. D. de regulis juris. verba Ulpiani. *Semper in stipulationibus, & in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum est, redigenda summa est.* Est enim ea lex ex Ulpiani libro 45. Ad Sabinum: ex quo cum sint quoque l. 4. D. de fidejussoribus, & l. 4. D. de negotiis gestis cum similibus; probabile mihi sit, eam ad fidejussores respicere: de quibus eo libro egit Ulpianus. possit autem thema peti ex emptione & venditione. in qua cum fidejussorem pro evictione dari placuisset vel stipulatione, vel pacto, emptioni in continenti adjecto: (ut fere apud Papinianum l. 72. D. de contrahenda emptione, & Ulpianum l. 37. D. de evictionibus) videtur quæsitum esse, ad quid fidejussorem obligari conveniret. in ea autem quæstione primum ait Ulpianus d. l. 34, semper in stipulationibus & cæteris contractibus sequendum esse quod actum sit. verissime: atque ideo, si vendendo actum sit, ut simpla promittatur, ex empto agi potest: etiam, ut satidet qui duplam promittit; modo, si id quoque convenerit l. 56. D. de evictionibus. d. l. 37. (de quo diligentius ad Titulum D. de evictionibus.) Quid, si non appareat, quid actum sit? porro ait Ulpianus d. l. 34, sequendum esse, quod in regione in qua actum est, frequentatur. nec aliter Gajus l. 6. D. de evictionibus. verba Gaji, *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est, pro evictione cavere oportet.* sed & ipse Ulpianus l. 31. §. 2. D. de Aedilitio edicto, *Quia, inquit, assidua est dupla stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse si duplam venditor mancipit non caveat: ea enim quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Quid ergo, si neque regionis

mos appareat, quia varius fuit? postremo ait Ulpianus d. l. 34, ad id quod minimum est, redigendam summam. igitur, quæ Javoleni sententia videtur l. 60. D. de evictionibus, saltem simpla promitteretur.

Sed quemadmodum ea Ulpiani definitio in superiore procedit specie: ita ad usuras stipulatione sine expressione quantitatis promissas, porrigenda non est. de his enim non cogitavit Ulpianus. & contra Modestinus, amplius etiam Ulpianus, respondit. intererit, utriusque verba recensere: quia, ut mihi videtur, decretoria sunt, sed primum Modestini verba adscribam. ea verba sunt ex l. 41. §. 2. D. de usuris. *Gajus Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo. Ille scripsit, me accepisse, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos. Quæro, an ex eo instrumento usura peti possint, & quæ? Modestinus respondit, si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse.* Formula conventionis præfert promissionem creditæ quantitatis cum suis usuris placitis inter nos. eæ usuræ sunt, suæ creditæ quantitati ex nostro, qui contraximus, placito; sive, sunt usuræ, mutuas & numeratæ pecuniæ propriæ ac competentes eo, quod inter nos pro ejus usu placitæ, sive conventæ, sunt. quæ usuræ, sine fine placitæ, si peti nequeunt, auctore Modestino; probatum est, usuras infinitas, in conventionem deductas, non ex more regionis finire, sed nullas deberi.

At quod Modestino, hoc & Ulpiano, visum, l. 31. D. eod. tit. cum sic scribit, *Quod in stipulatione sic adjectum est, & usuras si quæ competierint, nullius esse momenti, si modus certus non adjiciatur.* Certa Ulpiani ratio est. Nisi agit de usuris, non futuris, sed præteritis. Sed hoc ne dixeris, quæ enim necessitas jubet, ea verba de præteritis, & non futuris, usuris exaudiri? imo quid ni ejus stipulationis, & usuras si quæ competierint, sensus sit, & usuras quæ ex mora creditæ pecuniæ competent? atque ita Græci ea verba acceperunt, *Basilic. lib. 23. tit. 3. tom. 3. pag. 441. Scholio lit. D. verba Scholii. Siquis ita stipulatus sit, spondeste mihi redditurum pecuniam tibi a me creditam & usuras competentes: inutiliter stipulari videtur, si indefinite eas stipuletur, debuerat enim certum modum eis imponere, & exprimere quadrantes aut semisses.* sic Græci, quod si placet: dicam competierint in Ulpiani themate accipi pro competent: usitata temporis mutatione. quam Servius observat in illo Virgilii lib. 4. *Aeneid. vers. 540.*

- - - Proh Juppiter, ibit

Hic, ait, & nostris illuserit advena regnis.

Servius ad verba, *ibit & illuserit*, sic notat, *ibit & illudet, tempus pro tempore.* Similiter apud Juvenalem, *sat. 3. vers. 78.*

Graculus esuriens in cælum, jusseris, ibit.

quod est, si jubebis, ibit. Non igitur de præteritis usuris Ulpianum intelliges, sed de futuris. Quamquam, si demus, eum ad præteritas respicere: tamen quoad summam rei, nihil effeceris. Utique enim testatur Ulpianus, si stipulationi non apponatur certus usurarum modus, non valere stipulationem, scilicet, quia verum est, incertas usuras in stipulationem venisse. Sed salva res est, considerantibus, in specie qua de agimus, unam esse exceptionem: quam in gratiam argentariorum fecit Imp. Justinianus *Novell. 136. c. 5.* nam si hi, credita alicui pecunia, usuras pacti sint; nec in pactio- ne earum modum expresserint: voluit Imperator, non idcirco sterilem esse pecuniam, quod finita non sint usurae: sed perinde haberi, quasi usurae

besses ex novo argentariorum jure & more in conventionem deductæ sint. quæ exceptio non fuisset necessaria; si idem quod illa vult, juris regula constituisset. nunc quia hæc pro inutili habet stipulationem in qua promissæ sunt usurae incertæ atque infinitæ, idcirco necesse fuit, argentarios ab ea excipi. Imperatoris verba si quis considerare velit, apposui. ea verba sunt, *Usura sane siquidem certas pepigerint, pacta præstentur. Si vero duntaxat scriptum fuit, quod fœneratitium creditum extiterit: nequeant contrahentes dicere, quod ex quo usura finita non sunt, propterea & debitum sterile haberi debeat, sed ex præsumptione ita celebretur exactio, quasi besses usura expressis verbis nominata sint.*

& reliqua.

CAPUT IV.

Usuras stipulatione promissas, si pecunia sua die non solvatur, post diem sine interpellatione deberi. & quid, si debitori nil imputari possit? item utrum usurae, stipulatione promissæ, tantum ex mora, an etiam ante, debeantur? Paulus accensa in l. 40. D. de rebus creditis, & l. 17. D. de usuris.

Possit quoque hoc ad intelligendam stipulationis vim referri, quod, si ea sic interposita sit; ut, si pecunia sua die non solvatur, ejus usurae præstentur: non utique, ut ea debeantur, expectandum est, donec debitor interpellatur: verum stipulatio, etiam sine interpellatione, committitur. quippe, cum id conveniat rationi stipulationis in diem: quæ committitur, veniente die; etsi nulla personæ interpellatio subsequatur *l. 12. C. de contrahenda stipulatione*: maxime, si debitori imputari possit, cur non solverit. nam si id non sit, aliter dicendum est. finge, post mortem creditoris neminem esse cui pecunia solvatur: humanitas volet, inculpatam ejus temporis moram esse: ac debitorem, si conveniatur, quamquam recte, quo ad juris subtilitatem, tamen doli mali exceptione defendi *l. 6. §. 1. D. de usuris*.

Sed nec illud prætereundum, quod usurae quæ stipulatione debentur, non solent propter lucrum petentium, sed propter moram solventium, infligi: nisi si specialiter convenerit, eas deberi ex die stipulationis.

Universa hæc Paulus indigitat *l. 40. D. de rebus creditis*; de qua quia varia sunt doctissimorum hominum judicia, & ipsa hujus loci est, quid mihi videatur, paucis exponam. verba Pauli sunt. *Lectæ est in auditorio Æmilii Papiniani, Præfecti pratorio, jurisconsulti, cautio hujusmodi. Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata mihi de domo: (a) hæc quindecim proba recte dari calendis futuris stipulatus est Publius Mævius, spondi ego Lucius Titius. Si (b) die superscripta summa Publio Mævio eive ad quem eares pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius quo post solvam, poena nomine in dies triginta, inque (c) denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius, spondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, uti pro (d) Mævio ex summa superscripta menstruos refundere debeam denarios trecentos ex omni summa ei, heredive ejus. Quæsum est de*

obligatione usurarum: quoniam numerus (e) mensium qui solutioni compete- bat, transierat. dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. igitur finito primo mense prima pensionis usuras currere: & similiter post secundum & tertium tractum usuras non soluta pecunia pensionis crescere, nec ante sortis non soluta usuras peti posse, quam ipsa fors peti potuerat. Pactum autem quod subjectum est, quidam dicebant (f) ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse. & ideo non soluta pecunia statutis pensionibus, ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore quo moram fecit, accedant. & si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, quamvis sententia diversa obtinuerit, tamen usurarum obligatio ipso jure non (g) committetur: non enim in mora est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. (h) Sed (i) quantitatem quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem & in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, quo (i) competit usurarum nomine, ex die interposita stipulationis præstetur. Sic Florentiæ edit Taurellius: nec valde improbo. unum saltem notandum, quod cum Publius Mævius dicatur Lucio Titio mutua dedisse quindecim, in sequentibus autem summa credita dividatur in menstruos trecentos denarios, fere placet mihi quod Glossæ, posteriore loco, & post eam Jacobo Cujacio, ad lib. 3. Questionum Pauli, in explicatione d. l. 40. pro quindecim legere, quindecim millia denariorum. nisi malis, quindecim millia sestertiorum, vel quindecim sestertia. quod visum Andreæ Alciantio lib. 3. Dissunct. c. 2. Francisco Duareno, ad tit. C. Si certum petatur, c. 5. pag. 886. & Didaco Couvarruvix, De libr. aur. vel argent. exam.

(a) al. sua. (b) al. ea die. (c) al. dies 25. in. (d) al. Publio. (e) al. mensium. (f) al. dicebat. (g) al. committeretur. (h) al. sed &. (i) al. quod.

exam. c. 4. neque inepte, neque magno molimine; si scribatur, $\overline{\text{XV}}$. HS. vel $\overline{\text{XV}}$. HS. et si, quia Paulus in sequentibus verbis non *sestertiorum*, sed *denariorum*, meminit, longe probabilius mihi sit conjectura legentium, *quindecim millia denariorum*: estque facilis ea mutatio: si putemus, scriptum fuisse ad hanc formam $\text{X. } \overline{\text{XV}}$. *mutua*. sic enim in veteribus Inscriptionibus, quarum exempla alibi posui, & denarii & numeri millenarii notantur. mitto quod, apud P. Diaconum *De Notis litterarum*, X. exponitur *Denarius*. sed & Valerius Probus, *lib. De notis Romanorum, c. de notis numerorum*, sic scribit, *Et sciendum, quod qualibet figura, si ei jacēs recta linea supra ducatur, tot significabit millenarios, quot per se significat unitates, ut I. Mille unitates, id est mille significat. V. quinque millia.* & reliqua. Igitur Publius Mævius Lucio Titio *mutua* dedit $\text{X. } \overline{\text{XV}}$. id est, denariorum quindecim millia, ei numerata de domo. is Mævius stipulatus est hæc $\overline{\text{XV}}$. id est, quindecim millia, proba recte dari futuris Kalendis, & si ea die supra scripta summa ei soluta, satisve eo nomine factum, non erit, tunc, sive exinde, eo amplius quo post solvetur (sic loquitur cautio, extatque ea locutio similiter *l. 126. §. 2. D. de verborum obligationibus*; ac valet, quo tardius solvetur, sive, ex mora, ut ex sequentibus apparet) pænæ nomine (id est, usuræ nomine: ut sæpe) stipulatus est in dies triginta, inque denarios centenos, denarios singulos, id est, usuras centesimas: ut supra ostendi. Deinde post eam stipulationem in continenti convenit inter P. Mævium & L. Titium, ut hic P. Mævio futuris Kalendis non tota solveret quindecim millia; quod stipulatione fuerat comprehensum; sed ut singulis mensibus ex ea summa ei refunderet trecentos denarios, Non soluta sorte intra numerum mensium qui solutioni competeat; quæsitum fuit in auditorio Aemilii Papiniani, Præfecti prætorio, assidente ei in Consilio inter alios Paulo, an P. Mævio totius sortis usuræ ex primis Kalendis deberentur? ac fuit, qui censeret, movebat eum, quod L. Titius P. Mævio totius sortis, usurarumque ejus, solutionem proximis Kalendis stipulanti promisit: eamque solutionem ea die ei non fecit, putabat igitur, usuras totius sortis P. Mævio deberi ex primis Kalendis: quibus ei promissæ, sed non solutæ essent, nec refragari pactum, stipulationem in continenti subsecutum. primum, quia eo conventum fuit de sorte in menstruas pensiones dividenda: sed de usuris nihil conventum fuit. videbatur igitur, quoad usuras, integra esse stipulatio: a qua pacto recessum non erat. maxime, cum non conveniret rationi, pactum fieri de re una, & ad aliam extendi *l. 27. §. 4. D. de pactis*. altera causa erat, quod hoc pactum posset L. Titio quidem prodesse ad exceptionem; sed ipso jure prodesse non posset: propterea quod non pateretur regula juris, pactum stipulationi, id est, stricti juris contractui, inesse; atque ideo hoc nudum, id est, inutile, haberi oporteret: nisi quatenus jus prætorium intercederet, objecta exceptione. sic ille. At contra visum Paulo, sortis, non solutæ, usuras non ante posse peti a P. Mævio, quam ipsa fors peti potuerit, proinde usuras quidem ex Kalendis primis deberi, at non totius sortis, sed primæ, non solutæ, pensionis; post secundas autem Kalendas etiam secundæ, post tertias vero & tertiæ, usuras crescere. atque hoc ut sentiret Paulus, eum impulit in primis, quod pacta in continenti facta, utique si detrahant stipulationi, ei inesse creduntur: & ideo

Noordt Operum Tomus I.

hic perinde est, ac si P. Mævius per singulos menses certam stipulatus pecuniam, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. ita, si non esset pactum in continenti appositum stipulationi, potuisset P. Mævius Kalendis primis totam sortem, & totius usuras, ex stipulatu petere. at pacto in continenti subsecuto, & hoc sorte in menstruas pensiones distributa, non potuit quidem ingram sortem petere primis Kalendis: sed debuit singulis mensibus petere trecentos denarios. in tantum, ut, si contra facere sustineret, a reo non exceptione, sed ipso jure, removeri posset: quia placet, eam exceptionem actioni ex stipulatu inesse, inque ea, et si apud Prætozem in jure non esset opposita, neque ab eo formulæ nominatim inserta, tamen Judicis officio contineri. quod si vero tota fors primis Kalendis ita, uti stipulatione convenit, non posset ipso jure peti: apparet, si his tota non solveretur, nec totius usuras peti potuisse. quia, ubi sortis petitio non est, ibi nec usurarum petitioni locus est *l. 69. §. 2. l. 77. D. de jure dotium*. imo cum post stipulationem integræ sortis, cum usuris solvendæ primis Kalendis, in continenti convenerit, ut L. Titius P. Mævio ex universa sorte singulis mensibus solveret trecentos denarios, & hæc pactio stipulationi inesse, & ei novam formam dare, credatur; perinde haberi debet, ac si P. Mævius ab initio in singulos menses stipulatus esset trecentos denarios, & quo tardius solverentur, usuras centesimas, quia enim stipulatione placuit, usuras ex mora præstari; apparet, eas ex stipulatu peti posse, commissa mora. cæterum quando ea commissa sit, non ex stipulatione desumi debet: sed ex pactione ei in continenti subjecta. quam stipulationi inesse, atque eam transfigurare, ante dixi. At enim pactum de sorte, non de usuris, loquitur; ut e diverso dictum fuit. Sed hoc, si Paulum audimus, non pugnat. nam, cum pactum sortis stipulationi inest ipso jure, etiam vis ejus ad usuras pertingit. quia si tota fors ex pacto prohibetur peti ante constitutum tempus; non potest fieri, ut usuræ sortis debeantur ante, quam fors peti possit; utique cum actum proponatur, ut usuræ, nisi ex mora, non debeantur, convincentibus his stipulationis verbis, *tunc eo amplius quo post solvam*: quibus moram significari, supra dixi. igitur siquidem actum est inter P. Mævium & L. Titium, ut non alias, quam ex mora, debeantur usuræ; neque in mora est, a quo peti nequit: apparet, sortis petitione ex pacto contrahentium dilata, consequens esse eorum sententiæ, ut usura quoque quæ ob moram præstandæ sint, debeantur non ex die stipulationis, sed moræ cujusque pensionis, suo tempore non solutæ. Verum pactum quo de agitur, L. Titio tantum prodest ad exceptionem. Sed neque hæc objectio Paulum de gradu dejecit. primum, quia diversa obtinuit sententia, deinde ut vera foret objectio, tamen ad rem non pertineret: siquidem usuræ, pacto dilata sortis solutione, non possunt currere, non commissa mora: quia, ut dixi, P. Mævio vi hujus stipulationis non debentur, nisi ex mora: quæ nulla est, ubi non est sortis petitio *l. 127. D. de verborum obligationibus*. illa autem non est hac in specie: quia cum effectu non est, ut enim ponamus, esse; adhuc potest pacti exceptione elidi. at nihil interest, utrum ipso jure non sit actio; an sit, sed exceptione infirmetur *l. 112. D. de regulis juris*. ergo si non intelligitur mora fieri in solvenda sorte quæ ob exceptionem peti nequeat, saltem cum effectu; ut fatetur ille a quo discedit

S ;

Paulus:

Paulus: sequitur, non soluta suo tempore pecunia, usuras deberi, sed non totius sortis ex die stipulationis; sed cuiusque pensionis ex die moræ, in unaquaque commissæ. Nec tamen negandum est, potuisse etiam ab initio conveniri; ut debitor, si in solvendis pensionibus cessaret, usuras ex die stipulationis deberet: nam & de fructibus quorum imaginem ferunt usuræ, sic agi potest: ut fatetur Paulus *ad fin. h. l.* Sed in proposita specie id actum non est. valde autem probo, (quod notant Græci *lib. 23. Basilic. tit. 1. pag. 309. & seq. tom. 3. scholio ad d. l. 40.*) ut usuræ statim currant ex die contractus, debere in contrahendo specialiter exprimi. atque ita accipio hoc Ambrosii, *lib. De Tobia c. 12. Pecunia fœnebris a die initæ conventionis crescentibus serpit usuris.* Sequens quoque ex Basilio, *Homil. in Psal. 14. pag. 139. tom. 1. Semina omnia suo tempore nascuntur, animalia quoque tempore præstituto suos edunt fœtus. Fœnus vero hodie nascitur, hodie incipit.*

Sed & hoc quia difficultatem recipit ex insigni Pauli loco qui est in *l. 17. D. de usuris*, etiam quid de eo mihi videatur, breviter subjiciam. verba Pauli. *Cum quidam cavisset, se quotannis quincunces usuras præstaturum: & si quo anno non solvisset, tunc totius pecunia ex die qua mutuatus est, semisses soluturum; & redditus per aliquot annos usuris, mox stipulatio commissæ esset: Divus Marcus Fortunato ita rescripsit. Præsidem provincie adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus es, ad modum justæ exactiōnis rediget. Hac constitutio ad finitum modum excedit. Quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat usura.* Fortunatus (nam ad hunc rescriptum est) a creditore mutuatam accepit pecuniam; & cavit, id est, stipulatione promisit, se quotannis ei præstaturum quincunces usuras; & si quo anno non solvisset, tunc soluturum se totius pecuniæ semisses ex die qua mutuatus esset. is Fortunatus, cum usuras per aliquot annos solvisset: deinde cessavit. creditor petit totius pecuniæ semisses, non ex die moræ; sed ex die contractus: sicut stipulatione erat comprehensum. ea res cum dura videretur Fortunato; questus est de ejus iniquitate apud Imp. Marcum. is Imperator sic rescripsit. *Præsidem provincie adi, qui stipulationem de cuius iniquitate questus es, ad modum justæ exactiōnis rediget.* sic Imperator. At Paulus? ait, *Hac constitutio ad finitum modum excedit.* Ita Florentiæ legitur. in aliis libris est, *ad infinitum modum.* sed servanda Florentina lectio. sensus autem; Hæc D. Matei Constitutio excedit modum, cautione ad finitum: sive hæc Constitutio Judicem, de cautione judicaturum, non adstringit ad observationem modi, ea ad finiti: sed ei permittit, juris rigo-

rem aliqua æquitate attemperare. Igitur eo Rescripto fit Præsidi circa cautionem potestas quam ante non habebat. nam, cum prius teneretur servare cautionis modum; in quo nihil erat quod regulis juris improbareretur: contra potest nunc ab hoc recedere; volente Principe, eum non jus, sed æquitatem, sequi. quo pacto? non definit Constitutio; sed Paulus. verba Pauli: *Quid ergo? sic temperanda res erit, ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat usura.* Paulus rem sic interpretatur, ut usurarum semissium stipulatio ex die cessationis quidem in futurum, non autem in præteritum, committatur. sic Paulus. & probo; non enim peccatum fuit in solutis, sed in solvendis, usuris: & visum Imperatori fuit iniquum, moram coerceri, ubi mora non fuit. At enim semper licuit creditori, minoribus usuris ad diem non solutis, majores usuras stipulari *l. 9. §. 1. D. de usuris.* Sic est: sed in futurum. tum enim peccatur. amplius licuit, eas in præteritum stipulari coercendi in futurum debitoris gratia. sed hoc, cum durius videretur, D. Marci Rescripto inhibetur. Animadvertit id Scholiastes Græcus; cum ad *d. l. 17. lit. C. Basilic. lib. 23. tit. 3. tom. 3. pag. 425.* Nota, inquit, *rem novam.* Optime nam quod D. Marcus constituit, ante non obtinuit. neque potuisset ei aut Jurisconsultus dare, aut Præses provincie; nisi D. Marcus juris rigorem, ut alibi, sic hic, Imperatoria benignitate laxasset.

Superest, ut videamus, an porrigenda ea Constitutio sit a specie *d. l. 17.* ad eam quam attingit finis *d. l. 40. D. de rebus creditis.* Sed non puto: est enim inter utramque differentia. nam in *d. l. 17.* agitur, ut debitor ex sorte quotannis solvat quincunces usuras; & si quo anno cesset, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuatus est, semisses præstet. at in fine *d. l. 40.* agitur, ut ipsa sors certa die, verbigratia, post annum, solvatur; atque ut interim ejus usuræ ex die stipulationis singulis mensibus præstentur. quo in casu usuræ non tamquam pœna non solutæ usuræ, sed quasi sortis non solutæ pœna aut fructus, promittuntur; & quamquam ex die stipulationis currant, tamen nihil est quod reprehendatur. in altero autem casu (qui est *d. l. 17.*) id non fit. nam ibi semisses usuræ promittuntur non ut pœna aut fructus non solutæ sortis; sed tamquam pœna non solventis aliquo anno quincunces. & tamen promittuntur tunc totius pecuniæ semisses non ex die moræ, sed ex die qua mutuatus est debitor: atque adeo pro tempore quo cessavit quincunces solvere; id est, quo ob moram pœnam meruit: etiam pro tempore quo debitor jam quincunces solvit; id est, quo nulla ejus mora aut culpa incidit: quo in casu eum puniri humanitas non patitur.

CAPUT V.

Usuras in bonæ fidei judiciis deberi ex pacto, contractui in continenti adjecto, etiam ante moram.

Tantum de contractibus stricti juris. venio ad eos qui sunt bonæ fidei: in quibus usuræ non tantum ex stipulatu debentur, sed etiam ex pacto; quamquam non omni, sed contractui in continenti adjecto. id enim est quod Papinianus *l. 24. D. de positi vel contra* in causa depositi scribit, *Si ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur.* Et Imp. Gordianus *l. 5. C.*

de pactis inter emptorem & venditorem compositis: Initio, inquit, venditionis si pactus es, ut is cui vendidisti possessionem, pretii tardius exsolvi tibi usuras pensaret; non immerito existimas, etiam eas tibi adito Præsidi provincie ab emptore præstari debere. Quid, si pactus sis usuras, sed non initio contractus? ait Gordianus *eod. loc.* *Si initio contractus non est pactus, si cœperis experiri, deberi ex mora duntaxat*

nat usuras tam ab ipso debitore, quam ab eo qui in omnem causam empti suam fidem adstrinxit, de jure postulabis. Ita Gordianus; & secundum hunc accipiendus Paulus l. 17. §. 4. D. de usuris: cum ait, *Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecunia illata usuras deberet, non nisi ex mora usuras prestare debet.* Pactum igitur de usuris, in contractu bonæ fidei præstandis, aut in continenti ei adjectum est, aut ex intervallo: & si quidem ex continenti; ex eo debentur usuræ: sin ex intervallo; non ex eo, sed ex mora, debentur: ut post dicetur. quæso, quid ita? quia pacta conventa quæ in continenti sunt adjecta bonæ fidei contractibus, eorum actionem formant ideo, quod ipsis inesse credun-

tur, etiam ex parte actoris; neque adeo nuda sunt, sed contractui miscentur, ipsiusque jure & parte censentur. at, si ex intervallo sunt adjecta, cum non ad substantiam contractus, sed ad adminicula, respiciunt, actionem non formant: quia jam non insunt contractui, neque ejus jure & parte censentur, sed manent nuda & sola: ex quibus jure civili non dari actionem, apparet ex Ulpiano l. 7. §. 5. D. de pactis, & Papiniano, l. 72. D. de contrahenda emptione. Sed hæc, aliaque huc pertinentia, nec pervulgata hætenus, uberius demonstrabo, ad Edictum de pactis. non enim, ut mihi videtur, semper hic idem jus fuit; sed aliud obtinuit ante, aliud post, Divi Pii Constitutionem: qua de sequente agetur capite.

CAPUT VI.

Usuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberi ex mora. an vi & amplitudine formulæ ex bona fide? censere Franciscum Connanum. V. CL. nec quemquam hætenus intercedere: sed falli. usuras libera republica in bonæ fidei judiciis ex mora sola non fuisse debitas. ea mutata, primum Labeonem aliquid esse molitum, maxime in societate, atque in ipsa sub colore ejus quod interest. deinde Principes usuras palam indulgisse in omnibus bonæ fidei judiciis. Pomponius illustratus l. 60. D. Pro scio, & l. 121. D. de verborum significatione, etiam Paulus l. 7. D. de negotiis gestis, & Marcianus l. 32. §. 2. D. de usuris. auctorem hujus Constitutionis obscurum esse: sed Divum Pium videri. egregius Polybii locus in Excerptis explicitus: qui Salmasium pessime habuit.

Quod si nulla conventio de usuris intervenerit: adhuc ex mora eas deberi, Paulus ait l. 17. §. 4. D. de usuris: non tamen in stricti juris contractu, sed in locatione & conductione: quo exemplo Paulus utitur. idemque est in emptione & venditione l. 5. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis, item in depositi, & cæteris bonæ fidei judiciis l. 2. C. Depositum vel contra, l. 32. §. 2. l. 34. D. de usuris. atque hæc sunt usuræ quas Papinianus l. 58. D. Ad SCtum Trebellianum ait, *in officio Judicis esse.* Qui potest? quia (quod Paulus refert l. 7. D. de negotiis gestis) *Tantumdem in bonæ fidei judiciis officium Judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Usuræ igitur quæ in bonæ fidei judiciis ex mora debentur sine conventionione, non tam ex jure obligationis proficiuntur, quam ex officio Judicis applicantur l. 54. D. Locati conducti. id vero significat, in his non esse duas obligationes, unam tortis, alteram usurarum; sicut fit si ex stipulatu debeantur: sed esse unam sortis obligationem, circa cujus executionem mora Judicis arbitrio usurarum præstatione repensatur l. 4. C. Depositum vel contra, l. 8. D. de eo quod certo loco.

Illud pulchræ fuerit inquisitionis, utrum usuræ quæ officio Judicis præstantur, naturæ judicii bonæ fidei debeantur ob vim atque amplitudinem formulæ, *Ex bona fide?* Censet V. CL. Franciscus Connanus lib. 5. Comment. jur. civil. c. 3. n. 2. nec quisquam, quantum scio, intercedit. Dabit tamen mihi Connanus veniam; existimanti, eum falli. non enim ita est: nec statim atque usu receptæ sunt usuræ contra legem Genuciam,

ex mora Judicis officio adjudicari cœpere in bonæ fidei judiciis: sive quod tum adhuc non valde laudabilis usuræ usus videretur; & generaliter observari conveniret, bonæ fidei judicium non recipere præstationem quæ contra bonos mores desideraretur l. 5. D. de usuris: sive (ut magis puto) quod damnum, mora datum in pecunia debita, nisi in stipulationem deductum, neque circa pecuniam consistere, neque damnum esse intelligeretur; saltem quod Judici sufficeret ad probationem ejus quod interest: quo usura ex mora censetur. adeo nusquam apud Ciceronem, neque apud alium auctorem, qui libera floruit republica, ullum vestigium usuræ officio Judicis præstandæ sine stipulatione ea vero mutata, primus Labeo (sic enim lib. 1. cap. v. jam conjeci ex Pomponio) fiducia ingenii atque eruditionis qua fuit maxima, & qua multa innovavit Veterum decreta, in bonæ fidei judiciis usuras sine stipulatione introduxit: sed non quasi usuras, sed quasi id quod interest. is enim placuit ei color: maxime, si mora ex re esset: puta, quod debitor alienam pecuniam in usus suos convertisset. scilicet qui putabat, bonæ fidei congruere, post distincta jure gentium dominia, ne quis de alieno lucrum sentiret. at, si mora non ex re, sed ex persona, esset, etiam hic usuras præstari voluit: sed non in omnibus bonæ fidei judiciis, sed in societate. introduxit autem eas & hic non palam quasi usuras, sed sub imagine ejus quod interest: atque ex ipsius mora socii, adhuc durante societate, ut mihi videtur; ob jus fraternitatis quod inter socios est: cæterum, finita morte societate, hoc non probavit ex facto

h rediſ, ceſſante fraternitate in actione communi dividendo quæ deinde obtinet. quod ſi eſt; appareret, uſuras in ſocietate ex mora placuiſſe extra ordinem, & quod in ea eſt receptum ſingulari ratione, non fuiſſe tum ad actionem communi dividendo, aliaque bonæ fidei iudicia, porrigendum. Habes unum argumentum ex Pomponio *l. 60. D. Pro ſocio*, idem plenius explicatum *lib. 1. cap. v.*

Vis & alterum? accipe, atque ab eodem Pomponio *lib. 6. Ad Q. Mucium*. verba hæc ſunt *l. 121. D. de verborum ſignificatione*. *Uſura pecunia quam percipimus, in fructu non eſt: quia non ex ipſo corpore, ſed ex alia cauſa eſt: id eſt, nova obligatione*. Quid hic Pomponius? facit unam cauſam conſtituendi uſuras: ea cauſa eſt obligatio; plures non facit: quia non erant plures: etſi poſtea placuit, duas eſſe, vel obligationem, vel officium Iudicis: ut ex Papiniano & Paulo ante demonſtravi. ſed altera fuit Pomponii tempore: & ideo *d. l. 121.* non officii Iudicis meminit: ſed obligationis. præterea negat, uſuram eſſe in fructu; & addit cauſam, ea cauſa eſt, quia non ex ipſo corpore naſcitur. veriſſime eo quo id ſcribebat tempore: ſed non æque Ulpiani. is certe *l. 34. D. de uſuris* ex uſu ſui temporis inſit, *Uſura vicem fructuum obtinent: & merito non debent a fructibus ſeparari: & ita in legatis & fidei commiſſis & in tutela actione, & in cæteris iudiciis bona fidei ſervantur*.

Cæterum quod Labeo, & poſt eum Pomponius, in ſocietate præſertim inchoavit, non directo, ſed ſub colore ejus quod intereſt, deinde Principes abſolverunt; quum palam juſſerunt, ut in omnibus bonæ fidei iudiciis circa uſuras tantumdem poſſit Iudicis officium, quantum ſtipulatio. Nec jam conjecturis opus. minime. id probat Papinianus *l. 24. D. de poſiti vel contra* tam manifeſte, ut non magis poſſit. nam *Conſtitutionem* his allegat verbis, *Et eſt quidem conſtitutum, in bonæ fidei iudiciis, quod ad uſuras attinet, ut tantumdem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio*. Papinianus ſignificat, olim uſuras non officio Iudicis, ſed ſtipulatione, deberi potuiſſe: verum *Conſtitutionibus* eſſe effectum, ut in bonæ fidei iudiciis circa uſuras nunc tantumdem poſſit Iudicis officium, quantum olim ſtipulatio. Ac ſecundum hæc accipio illud Pauli *l. 7. D. de negotiis geſtis*. *Tantumdem in bonæ fidei iudiciis valet officium Iudicis, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio*. quod diligentiffimæ obſervationis eſt: ſimul, quod his *Conſtitutionibus* quoque adſcribitur, quod in bonæ fidei iudiciis officio Iudicis adjudicantur uſuræ, quæ in regione frequentantur. hoc enim Ulpianus perhibet *l. 37. D. de uſuris*, his verbis. *Puto verum, ſi liberavi ex magno incommodo, deberi dici uſuras venire: eas autem quæ in regione frequentantur, ut eſt in bonæ fidei iudiciis conſtitutum*. Et in *l. 12. §. 9. D. Mandati vel contra*: cum ſic inſit, *Et (ut eſt conſtitutum) totum hoc ex æquo & bono iudex arbitrabitur*. Unde apparet, Marcianum *lib. 4. Regularum*, cum ſcribit *l. 32. §. 2. D. de uſuris*, *In bonæ fidei contractibus ex mora uſura debentur*, ſic intelligendum eſſe, quaſi velit, poſt eas *Conſtitutiones* obtinuiſſe regulam quæ ante non obtinuerit: vel, ex *Conſtitutionibus* eſſe receptum contra juris regulas, ut in omnibus bonæ fidei iudiciis uſuræ ex mora debeantur.

Ut ut erit; hoc liquet, has uſuras non tam naturæ actionum bonæ fidei, quam Principali *Conſtitutioni*, deberi. Quamquam, cui præſertim expenſam feram *Conſtitutionem*, nondum potui

fatis ad conjecturam evadere. ſuſpicor tamen, ejus auctorem eſſe Divum Pium: apud quem prima mentio uſuræ, officio Iudicis præſtandæ ex mora cum in bonæ fidei iudiciis, tum in legatis & fidei commiſſis *l. 6. §. ult. D. de negotiis geſtis*, *l. 17. §. 3. & §. ult. D. de uſuris*, *l. 5. D. de operibus publicis*. accedit, quod Veterum Juriconſultorum qui de ea uſura præcipiunt, nemo eſt antiquior illo principatu: unum ſi excipias Labeonem de quo monui. nam Scævola cujus ſunt *l. 58. §. 1. & §. 4. D. de administratione tutorum*, & *l. 28. D. De poſiti vel contra*, floruit in primis ſub Divis Fratribus & deinceps: nam libros *Digeſtorum* ex quibus eſt *d. l. 58.* poſt Imp. Marcum ſcripſiſſe, didici ex *l. 39. D. de legatis lib. 3.* in qua eum Divum appellat. Papinianus autem, item Marcianus, Ulpianus, & Paulus, illo recentiores ſunt. præterea Pomponius quem ad Marcum Antoninum perveniſſe, veriſimile eſt, (quia in *l. 14. D. de pollicitationibus* citat Antoninum Pium, ſed Divum, id eſt, mortuum) non agnoſcit adhuc uſuras, ex mora præſtandas officio Iudicis, præterquam in ſocietate *d. l. 60. D. Pro ſocio*: nec in ipſa utitur alicujus auctoritate *Conſtitutionis*, ſed Labeonis: ex hac quoque uſuras non palam introducit, ſed ſub colore ejus quod intereſt: cum inſecuti poſt Juriconſulti eas in cæteris omnibus bonæ fidei iudiciis palam admittant: ſed non ex Labeonis diſputatione, ſed ex *Conſtitutione*: ut ex Papiniano & Paulo oſtendi. id vero mihi indicio eſt, auctorem *Conſtitutionis* de qua quærimus, eſſe Divum Pium: ſed ſcriptam eſſe poſt editum a Pomponio librum decimum tertium *Ad Sabinum* ex quo eſt *d. l. 60.* & librum ſextum *Ad Q. Mucium* ex quo eſt *d. l. 121. D. de verborum ſignificatione*. atque id jus Africanus *l. 10. D. Rem pupilli vel adoleſcentis ſalvæ fore* jam certum fuiſſe indicat, cum ſcriberet librum tertium *Quæſtionum*. nam ex eo libro deſumptus is locus eſt.

Quæ ſi ita ſunt: puto, apparet, quomodo explicandus ſit Javolenus *l. 117. D. de verborum ſignificatione*; cum ſic ſcribit, *Non poteſt videri minus ſolviſſe is in quem amplioris ſummæ actio non competit*. vult enim, debitorem, etſi in ſolvendo moram commiſerit, tamen ſi uſuras ſtipulanti non promiſit, non videri minus ſolviſſe: quia ejus ætate, (cujus poſtrema pars videtur incidiſſe in imperium Trajani, quo tempore eum delirare cepiſſe, Plinius ſcribit *lib. 6. epiſt. 15.*) uſuræ Iudicis officio nondum debebantur. cæterum, ſi in ſtipulatum deductæ eſſent; poſt moram minus ſolvere: quia jam amplioris ſummæ actio ex ſtipulatu competebat. Quod ſi id ſcripſiſſet Javolenus poſt *Conſtitutionem* quæ uſuræ in bonæ fidei iudiciis officio Iudicis committuntur; non neceſſaria eſſet ſuperior interpretatio: quia alia peti poſſet ex *l. 49. §. 1. D. de actionibus empti & venditi*.

Illud neſcio an addam, ignorantia ſuperioris obſervationis egregie falli V. Cl. Claudium Salmaſium, *De modo uſurarum c. 4. pag. 180. & ſeq.* in interpretatione loci cujuſdam Polybii in *Excerptis ex Collectaneis Conſtantini Auguſti Porphyrogeneta*, quæ Pariſiis edidit Henricus Valeſius, pag. 155. & 156. Polybii verba etſi plura ſint, tamen quia notabilia ſunt, appoſui. verb. Polybii. *Deinde filiabus Scipionis magni, patris adoptivi ſororibus, dimidium dotis ſolvendum erat. Si quidem pater quadraginta talenta utrique filia dotis nomine daturum ſe ſponſonderat: cujus per-*
cunia

summa dimidiam quidem partem mater utrique genero numeraverat presentem, dimidiam vero in ere alieno moriens reliquerat. quare id nomen a P. Scipione dissolvendum erat adoptivi patris sororibus. Porro cum reliquum ejus pecunia qua dotis nomine detur, jure civili populi Romani annua bima trima die mulieribus numerandum sit, instrumento ac suppellectile prius intra decem menses prestitis ex more qui apud illos obtinetur: Scipio statim argentario mandavit, ut quinque & viginti talenta utrique intra decem menses proximos persolverit. Cum vero Tiber. Gracchus & Scipio Nasica, quibus ante dicta mulieres nupserant, elapso mense decimo confestim ad argentarium venissent, rogassentque, num quid de ea pecunia mandati ab Scipione haberet, atque ille pecuniam accipere eos juberet, & quinque ac viginti talenta utrique numeraret, tum ii errare illum dixerunt; non enim universam simul pecuniam, sed tertiam tantum partem in presentia legibus deberi. cumque ille subjiceret ita sibi mandatum esse a Scipione, diffisi juvenem adierunt, labi eum ignoratione arbitrati, idque profecto haud sine causa. etenim non modo quinquaginta talenta ante triennium nemo, sed ne unum quidem ante prestitutam diem quisquam Roma solvat, tantam unusquisque diligentiam in pecunia, utilitatem in tempore collocat. Caterum cum Scipionem convenisset, percunctati quid argentario in mandatis dedisset, cum ille diceret mandasse, ut omnis simul pecunia sororibus solveretur, illi prae se curam ejus ferentes, errare eum subjecerunt: ipsi enim sua ipsius pecunia uti in longum adhuc tempus legibus licere. At Scipio hac sibi probe comperta & cognita esse respondit, sed cum extraneis quidem stricto jure uti solere, cum propinquis autem & amicis candide ac generose agere quantum fieri posset. quare ut omnem pecuniam ab argentario acciperent rogabat. Quibus auditis, Tiberius & Nasica taciti domum reversi sunt. Hæc Polybius. ad quæ sic scribit Salmasius, Constat etiam ex verbis Polybii quæ supraretulimus, singulas pensiones non post finem anni, sed decimo mense solvi solitas, forte ut, si non esset soluta, in fine cum usuris posset exigi ab eo cui debebatur. Nempe putat Salmasius, usuras in bonæ fidei judiciis eo tempore ex mora fuisse debitas officio Judicis; nec fuisse causam, cur non ex dote deberentur: sive maritus cessaret eam restituere annua, bima, trima, die: sive is qui marito eam promiserat, cessaret ei sol-

vere: & addit Salmasius, singulas pensiones non post anni finem solvi solitas, sed decimo mense; ut, si non esset soluta, in fine cum usuris exigi posset. Habes Salmasii sententiam, atque in ea plures errores. primus est, quod putavit, usuras in bonæ fidei judiciis ex mora debitas fuisse officio Judicis: cum id non jure civili, neque libera republica, obtinuisse, sed demum Principum Constitutionibus effectum esse, ex ante dictis constet. alter error est, quod eam actionem qua maritus, constante matrimonio, peteret dotem sibi promissam, bonæ fidei esse, arbitratus est. verum enim est, dotem apud Veteres saltem traditione, aut stipulatione, aut dictione, potuisse constitui, auctore Ulpiano, in *Fragm. tit. 6.* & Gajo lib. 2. *Inst. tit. 9.* atque adeo a maritio numquam peri actione bonæ fidei: licet mulier, soluto matrimonio, eam repetere posset actione rei uxoriæ quæ erat bonæ fidei, vel, si de restituenda dote stipulatio interposita esset, actione ex stipulatu, quæ actio erat stricti juris, antequam Justinianus eam fecit bonæ fidei §. 9. *Inst. de actionibus.* postremo nec hoc mihi placet, quod Salmasius ait de singulis pensionibus non post finem anni, sed decimo mense, solvi solitis: ejusque rei hanc esse rationem opinatur; ut, si non esset soluta, in fine cum usuris exigi posset. non enim ita est, sed ea res habet vestigium veteris anni: qui Romuli fuit, nec duodecim, sed decem, mensibus finiebatur: & quamquam a Numma deinde auctus sit duobus mensibus, auctore Ovidio lib. 1. *Pastorum*, videtur tamen in juribus, a Romulo proditis, etiam posterioribus temporibus sæpe vetus decem mensium spatium retinuisse, hanc conjecturam juvat Seneca *epist. 63*, cum ait, *Annum fœminis ad lugendum constituere majores.* intelligit autem annum non Numæ, sed Romuli. ipsum audi, *Consolat. ad Helviam. c. xv.* Ideo majores decem mensium spatium lugentibus viros dederunt, etiam Ovidium d. lib. 1.

*Per totidem menses a funere conjugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.*

Perduravitque ea res usque ad Imppp. Gratianum, Valentinianum, & Theodosium, a quibus demum mutata est l. 2. C. de secundis nuptiis.

CAPUT VII.

Legata & fideicommissa, quoad usuras, comparari bonæ fidei judiciis. & quid in legatis damnationis? locus quidam Gaji insignis, sed durus, qui est lib. 2. Inst. tit. 7. in fin. interpretatione mitigatus, & cum ceteris jurisconsultis conciliatus. etiam pollicitationes, reipublicæ factas, ex mora usuras recepisse: & quando?

BONÆ fidei judiciis addenda sunt legata & fideicommissa. sunt enim stricti juris; quippe, cum ex testamento petantur l. 6. D. de in litem jurando. sed quod ad usuras attinet, a bonæ fidei judiciis non separantur. atque id in fideicommissis sub Divo Pio jam obtinuisse certum habeo: de his enim is Princeps rescripsit l. 17. §. 3. D. de usuris. in legatis autem antum aliter adhuc fuerit, est quod dubites: quia esse aliqua possit suspicio, in his usuras eo tempore ex mora solvi, non placuisse; sed ipsa, si per damnationem relicta essent, duplicari, sic enim sub Marco jus fuisse, refert Gajus in

Institutionibus; quas eum scripsisse post mortem Antonini Pii, vel inde conjicio; quod in l. 1. D. de his qui sui vel alieni juris sunt, quæ est ex libro ejus primo Institutionum, eum Divum, id est, mortuum, vocat: sicut eum fecisse quoque lib. xiv. Ad legem Juliam & Papiam, ostendit l. 56. D. de legatis lib. 2. scripsisse certe ad Senatusconsultum Orphitianum quod post D. Pium, Marco Imperatore, factum est, apparet ex l. 9. D. Ad Scitum Tertullianum. Verba Gaji, quia sunt rara, nec adhuc expedita, observationis, adscripsi ex lib. 2. *Inst. tit. 7.* qui est de fideicommissis: ea verba sunt. Præterea & in hoc

in hoc alia fideicommissorum & legatorum conditio est, quia fideicommissa, si tardius quam scriptum est, soluta fuerint, usura & fructus debentur: legatorum vero usura non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur. Sic Gajus, testis hujus differentiae quæ inter legata & fideicommissa fuerit, singularis. an idoneus? durius fuerit, negare. & tamen quoad usuras idem fideicommissis legatisque jus fuisse, auctores sunt Impp. Severus & Antoninus l. 1. C. de usuris & fructibus legatorum; atque ajunt, suo tempore hoc manifestum fuisse. Verba Impp. Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore quo lis contestata est, exigí posse manifestum est. Ulpianus quoque, l. 34. D. de usuris tamquam de recerta, sic loquitur, Usura vicem fructuum obtinent: & merito non debent à fructibus separari: & ita in legatis & fideicommissis, & in tutela actione, & in ceteris bonæ fidei iudiciis servatur. Sed & Paulus lib. 2. Sentent. tit. x. scribit, Ex mora præstandorum fideicommissorum, vel legatorum, fructus & usura peti possunt. Quid, si addam, etiam vivo Antonino Pio, atque adeo ante editas a Gajo Institutiones, usuras in legatis æque, atque in fideicommissis, ex mora solvi cœpisse? itane? Ulpianum audi l. 5. D. de operibus publicis. ait, Si legatum vel fideicommissum fuerit ad opus relictum, usura qua & quando incipiant deberi rescripto Divi Pii ita continetur: si quidem dies non sit ab his qui statuas, vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a Præside provincie tempus statuendum est: & nisi posuerint heredes, usuras leviores intra sex menses: si minus, semisses usuras reipublica pendent. Si vero dies datus est, pecuniam deponant intra diem: si aut non invenire se statuas dixerint, aut loco controversiam fecerint, semisses protinus pendant. Quid ergo est? videtur res ad seditionem spectare; nisi si fines, Gajum aliqua regi interpretatione. Non enim sic accipiendus est, quasi simpliciter neget, in legatis ex mora solutionis usuras persolvi; non etiam, quasi velit, legatum, si damnationis sit, ex mora semper duplicari: sed quasi significet, usuras in fideicommissis ex mora semper deberi; in legatis non semper. utique si per damnationem sint relicta; nam tum aliquando non usuras ex mora solvi; sed legata duplicari. Hoc ut audeam opinari, suadent exempla locutionis plane similis, & testimonia veteris juris. Sed primum loquendi usum demonstrabo. Ejus exemplum est apud Ulpianum l. 2. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio: in qua ait, Mandata jurisdictione a Præside consilium non posse exercere eum cui mandatur. nec (quod verba primo volunt ad spectu) simpliciter negat, mandata jurisdictione, consilium a mandatario exerceri posse: (id enim falsum est) sed mandata a Præside jurisdictione, mandatarium non per æque, ubi Præsides potest, Consilium exercere posse: ut ex collatione §. 1. ejusdem loci tradidi, De jurisdictione & imperio lib. 2. c. x. Addidi & alterum exemplum ejusdem farinae ex Ulpiano l. 42. D. de verborum significatione: ubi postquam dixit, furtum & adulterium natura turpe esse, id est, semper turpe esse, quia furto & adulterio inest dolus, qui natura semper infamis est; deinde scribit, Tutela damnari, hoc non natura probrum est: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere. ita enim legendum, expunctis verbis, sed more civitatis, quæ non Ulpiani sunt, sed Interpretis. sensus autem, tutelæ damnari non semper, neque per æque, natura probrum est; quia tutor non tantum ob do-

lum damnatur, quia natura probrum est; sed etiam ob culpam, cum latam, tum levem, quæ natura probrum non est; quippe cum error sit, non scelus, & cadat in hominem etiam idoneum, id est, bonum & integrum. Habes Ulpiani sensum. Nec alium Gaji puta d. loc. significat enim, fideicommissorum, si tardius, quam scriptum est, solvantur, usuras & fructus deberi, id est, semper atque indistincte deberi; siue mora cum inficiatione conjungatur, siue non: legatorum vero usuras non deberi; id est, non semper, neque per æque, deberi; sed ipsa ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicari; id est, posse duplicari, siue interdum duplicari. & hoc fieri, arbitror; si legatum certum sit; & mora non simplex sit, sed cum inficiatione conjuncta. cæterum si tantum mora subsequuta sit, inficiatio non sit: jam non legati duplicationem, sed usuras, locum habere. At non modo loquendi usus eo ducit; sed Veterum quoque auctoritas. nam quod dixi de usuris, ex mora æque in legatis, qualiacumque sint, atque in fideicommissis, præstandis, si nulla inficiatio inciderit; apparet locis, paulo ante allegatis: in quibus nulla omnino sit inficiationis mentio. quod vero addidi de duplicatione legati, per damnationem relicti, mora non simpliciter, sed ex inficiatione, subsequuta, Paulus indicat lib. 1. Sentent. tit. Quemadmodum actiones per inficiationem duplentur: cum sic scribit, Quædam actiones, si arce inficientur, duplantur: velut iudicati, depositi, legati per damnationem relicti, damnum injuria legis Aquilia, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est. Nectantum Paulus; sed Imperator quoque Justinianus §. ult. Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur; atque addit, hoc Veteribus in legatis, damnationis tum maxime placuisse; cum ea certa essent. verba Justiniani hæc sunt. Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant.

Sed in viam. apparet, ut in bonæ fidei iudiciis, sic in legatis & fideicommissis, usuras ex mora deberi. quæso, quam ob rem? quia sic placuit. eam enim causam adfert Papinianus l. 24. D. de usu & usufructu legato. Nec turbat quod in l. 1. 2. & 4. C. de usuris & fructibus legatorum usura ac fructus legatorum seu fideicommissorum dicuntur exigí ex tempore litis contestatæ. Id enim ad factum rescriptum est; neque sic accipiendum, quasi usura numquam possint ante litem contestatam deberi: ne mora quidem commissa. hoc enim ibi non dicitur, neque verum est: sed sic accipiendum, quasi mora non commissa ante litem contestatam, (quod aliquando fieri, Papinianus observat l. 3. D. de usuris, & in dd. ll. ex facto inciderat) non possint usura ante litem contestatam deberi: quia nisi ex mora non debentur, sed hoc rarius fit; nam plerumque etiam ante, quam ad Judicem pervenitur, mora committitur; & ideo heres exinde tenetur necessitate præstandorum fructuum d. l. 3. D. de usuris. quod si est; quid ni ad usuras quoque teneatur, etsi lis nondum contestata sit? d. l. 3. §. ult. l. 1. §. 13. D. Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. l. 92. D. de conditionibus & demonstrationibus. sed clare Paulus d. lib. 3. Sentent. tit. x. verba Pauli, Ex mora præstandorum fideicommissorum vel le-

gatorum fructus & usura peti possunt. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur.

Tantumdem dixerim de pollicitationibus reipublicæ factis, quæ etsi stricti juris sint; nec per se admittant usuras tamen bonæ fidei judicia imitantur. Quo jure? ex Rescripto Divi Severi & Antonini l. 1. D. de pollicitationibus. At Paulus, lib. 1. Decretorum, sic in fit l. 16. D. de usuris. Liberalitatis in rem publicam facta usura non exiguntur. Sed jam Græci, lib. 23. Basilic. tit. 3. schol. ad d. l. 16. tom. 3. pag. 426. liberalitatem a pollicitatione recte distinxerunt. nam pollicitatio est offerentis solius promissio facta reipublicæ, non simpliciter, sed ob justam causam, puta, ob honorem decernendum, vel decretum l. 1. §. 1. & l. 3. D. de pollicitationibus, l. 19. D. de donationibus. exemplum in hoc Marmore, apud Gruterum pag. 400. Inscr. 7.

P. DECIMIUS. P. L. EROS

MERVLA. MEDICVS.

CLINICVS. CHIRVRGVS

OCVLARIVS. VI VIR

HIC. PRO. LIBERTATE. DEDIT.

H-S. 1555

HIC. PRO. SEVIRATV. IN REM. P. J
DEDIT. HS. ∞ ∞

liberalitas vero non aliam ob causam fit, quam ut liberalitas & munificentia exerceatur; atque hæc proprie donatio appellatur: illa non proprie l. 1. D. eod. tit. idque in tantum placet ut Labeo scribat, extra donationum causam esse d. l. 19. D. de donationibus. obtinuit igitur, usuras ex pollicitatione deberi post moram; quia voluit Constitutio D. Severi & Antonini d. l. 1. D. de pollicitationibus: sed in liberalitate, seu donatione, hoc non obtinuit: quia D. Severus & Antoninus de ea nihil constituerunt. & hanc utriusque speciei differentiam nescio an indigitaverit Modestinus lib. 8. Differentiarum: ex quo desumpta sunt hæc verba l. 22. D. de donationibus. *Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecunia usuras non debere, summa æquitatis est: maxime cum in bonæ fidei contractibus donationis species non depre-*
tur.

*

CAPUT VIII.

Fiscum ex suis contractibus, nisi in privati locum succedat, ex mora usuras non debere: sed accipere. An idem in republica servatur? non videri.

Igitur in bonæ fidei judiciis, & si quæ iis assimilentur, usura ex mora debentur officio Judicis, una exceptio est in fisco. qui etsi usuras accipit ex contractibus, tamen usuras non dat: nisi si in privati locum successit. tum enim solet eas dare: ut Paulus refert l. 17. §. 5. D. de usuris.

De republica civitatis videamus. sed non puto, quod fisco datum est singulari jure, ad rem publicam interpretatione porrigendum esse. ecce, heres instituta est respublica. quod hodie fieri posse ex Senatusconsulto, D. Marci tempore facto, Paulus auctor

est l. 20. D. de rebus dubiis. instituta igitur heres est respublica. ab ea relicta sunt fideicommissa. mora in his facta est. placet hoc Papiniani l. 78. §. 2. D. de legatis lib. 2. Etiam respublica fideicommissi post moram usuras prestare cogitur. nec minus placet quod sequitur, *Sed damnum si quod ex ea re fuerit sequutum, ab his sarcien dum erit, qui post dictam sententiam judicatum solvere supersederunt. nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit. ignaviam etenim prætendentes audiri non oportet.*

CAPUT IX.

An usura in bonæ fidei judiciis ante moram debeantur Judicis officio? Quid mora sit? Eam non ex re, sed ex persona, committi. & quid hoc? Optimam esse rationem, cur mora, si pura sit obligatio, magis ex persona, quam ex re, fiat. Quid, si in diem concepta sit non solutio, sed obligatio? Utrum una interpellatio sufficiat ad moram, an plures desiderentur? Ut mora ex persona fiat, exigijustam interpellationem, & quæ sine causa negligatur.

Debentur igitur usurae in bonæ fidei judiciis, & si quæ iis exæquentur, ex mora officio Judicis. An & ante moram? vix opinor. non enim patitur bona fides, æstimationem selvi pro damno quod nullum sit, non commissa mora: usuras autem Judicis officio non propter lucrum petentium, sed ob moram solventium, infligi, Paulus auctor est l. 17. §. 3. D. de usuris. Papinianus quoque l. 24. D. Depositi vel contra, agens de deposito, ait, contra bonam fidem & depositi naturam esse, usuras ab eo desiderare temporis ante moram; qui beneficium

in suscipienda pecunia dedit: utique, si ab initio de usuris nihil convenit; alioquin contractus legem servari.

Sed quia hoc possit dubitationem accipere eo, quod usurae in l. 1. §. 1. D. de usuris, & l. 5. C. de actionibus empti & venditi, dicuntur, omnimodo deberi, etiam mora non interveniente: & rursus Paulus l. 17. §. 4. D. de usuris ait, *Ex locato qui convenitur, nisi convenierit, ut tardius pecuniæ illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras prestare debet: non abs refuerit, quid mora sit, & quomodo fiat, paucis exponere.*

Est

Est autem mora, injusta cessatio ejus qui jure interpellatus, non solvit, aut non accipit, debitum. Primum dixi quod est cessatio: sic enim vocatur *l. 17. D. de usuris*. cessatio autem est, quoties differendi causa sit: ut in *l. 21. D. eod. tit.* deinde addidi, quod est cessatio ejus qui non solvit, aut non accipit, debitum: quia mora non tantum a debitore, sed etiam a creditore, committitur *l. 37. D. Mandati vel contra, l. 72. & l. 39. D. de solutionibus*: atque ut interest creditoris, sibi debitum suo tempore solvi a debitore, ut eo uti possit: sic debitoris interest, id a creditore, cum ei offertur, accipi, seque a sorte & usuris liberari. ac commode Seneca *lib. 2. De beneficiis c. 17. Male audire solet fœnerator, si aërbe exigit: aque, si in recipiendo tardus ac difficilis moras querit.* Igitur mora est cessatio, debitoris, vel creditoris, sed injusta, & jure interpellati. quia, ut mora sit, non sufficit, peti aut offerri posse, & non solvi aut non accipi: sed, cum jure petatum aut oblatum esset, sine causa non esse solutum aut non acceptum. nam cum de mora disputamus, non quærimus, quæ sit potestas verbi: (sub quo certum est rei moram, sive tardiorē solutionem contineri) sed quæ sit mora jure judicioque emendanda ideo, quia injuria nocuit. hæc vero non est rei mora, seu qualiscumque tardior solutio: sed mora personæ quæ jure interpellata, sine causa cessat, quod debet, facere. idque adeo verum est, ut Paulus *l. 17. §. 4. D. de usuris* aliam faciat moram, aliam tardiorē solutionem: *Ex locato*, inquit, *qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius illata pecunia usuras deberet, non nisi ex mora usuras prestare debet.* sensus est, usuras in locati actione quidem deberi ex cessatione, sive tardiore pecuniæ solutione, at non semper, sed si convenerit: alioquin non ex ea, sed ex mora. igitur distinguit Paulus tardiorē solutionem a mora: & bene, quod *lib. 3. Sentent. tit. x. Mora*, inquit, *fieri videtur; cum postulanti non datur.* Pauli sententiam confirmat, exponitque, Marcianus *l. 32. D. de usuris*; cum ait, *Moram non ex re fieri, sed ex persona: id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.* Marcianus significat, moram non intelligi ex solo tempore tardæ solutionis: sed si solutio tardius fiat vitio personæ: atque hanc demum videri; si debitor opportuno loco interpellatus, non solverit. Justinianus diceret, moram fieri *non ipso jure*; sed *litis contestatione*, aut *conventionē*. nam cum in *l. 46. §. 4. C. de Episcopis & Clericis* juberet, moram in legatis piis ipsa re committi sine personæ interpellatione, sic inquit, *Sancimus non inspecta mora a litis contestatione aut conventionē, sed ipso jure intellecta (quod dicitur vulgo) mora præcessisse.* Justinianus vult, moram non committi ipsa re, seu sponte, sed litis contestatione, id est, interpellatione judiciali, aut conventionē, sive admonitione extrajudiciali. sic enim *conventionem* apud Justinianum accipe: (ut in *l. 59. §. 5. D. Mandati. l. 2. C. de jure emphyteutico*) atque hanc non nudam, ne res probatione destituatur, sed testato factam: ut in *l. 122. §. 3. D. de verborum obligationibus*.

Igitur mora non ex re, sed ex persona, committitur: eaque fit, si quis interpellatus non solverit. qua ratione? sane optima in puro debito. in quo agi videtur, ut statim & cedat & veniat dies. quod est, non ut statim solvatur, sed ut statim incipiat deberi, & peti possit *l. 213. D. de verborum significatione*. ita debitor si non solvat statim, accipitur: ex persona moram committit: quia im-

pingit in jus obligationis: sed, si non solvat pecuniam, cum non petitur: non committit moram ex persona. non enim facit contra formam obligationis: qua non actum est, ut debitori necessitas sit ultro solvendi: sed ut creditoris arbitrium sit, quando petat. quo sensu Cicero, *Tusculan. quest. lib. 1. c. 39.* de natura inquit, *Ea quidem dedit usuram vite, tanquam pecunia, nulla præstituta die. Quid est igitur, quod querare, si repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas.* Unum observet creditor, ne inciviler faciat: ut, si hodie credat, cras repetat. id enim Ambrosius culpatur, *De Tobia c. 3.* his verbis, *Quid enim tetrius eo qui hodie fœnerat, & cras exigit? est odibilis, inquam, homo hujusmodi. oblatio quidem blanda; sed immanis exactio.* Sed quod Ambrosius commendat, est humanitatis. cui si dare velit creditor, potest: si nolit, non cogitur. habet enim jus petendi æque, ac differendi. sed, si non petat: est quod sibi, sed non quod debitori, imputet: qui ejus humanitate utitur: denique injuriam ei non facit: cum pecuniam ei debitam, ejus voluntate retinet. Quod si est; efficitur, ut in mora sit debitor, non sufficere, & cessasse & venisse diem obligationis, id est, jam deberi ac peti posse: sed præterea petatum esse, & non solutum oportere. sic, si pure contrahatur obligatio, vel (ut Cicero loquitur *d. loc.*) *nulla præstituta die.*

Idem, si in diem concipiatur, non dicam, solutio, sed obligatio. nam nec tum ante in mora intelligitur debitor, quam si a creditore interpellatus non solvat: quia alioquin nihil est quod in debitore castigetur: qui cum non promisit solvere certa die, tum solvit, cum creditor sibi solvi postulat. finge; sub conditione contracta est obligatio, & extitit conditio: non committitur mora; nisi debitor, postquam dies venit, a creditore interpellatus sit. ut enim constituta sit obligationi dies qua nascatur actio; non tamen constituta est qua solvatur debitum: & ideo si extitit conditio, & hoc scit debitor, nec tamen solvit; nondum in mora est, quamdiu interpellatus non est: non magis quam si ab initio pura fuisset obligatio. cum enim talis habetur obligatio sub conditione contracta, postquam ea extitit *l. 11. §. 1. D. Qui potiores in pignore*; quid ni idem quod de pura jus est, postquam conditio extitit, de conditionali statuatur.

Simile est in obligationibus quæ conceptione puræ sunt; sed ex re accipiunt dilationem: nam & in his videtur constitui dies, quo nascatur actio *l. 73. D. de verborum obligationibus*: sed non, quo solvatur debitum. igitur etsi peti possit, nata actione: tamen non statim in mora est debitor qui non solvit. quia quamdiu nihil petit creditor, nihil est quod debitori imputetur. quemadmodum si quis pure debet, statim conveniri potest, quia statim adversus eum actio competit: nec tamen statim in mora est; si non ab eo statim petatum sit.

Illud quæri video, utrum una sufficiat interpellatio, an plures desiderentur. sed, puto, una sufficit. tantum enim exigit Marcianus *d. l. 32. D. de usuris*, ut debitor interpellatus sit; nihil præterea: qui autem semel interpellatus est, æque interpellatus videtur, ac qui sæpius. deinde, qui admonitus cessat solvere, is in culpa est, nec hanc dispungit eo, quod non iterum interpellatur. quin quo magis cessat solvere post admonitionem, eo magis intendit culpam. quod si est: sequitur, ut qui interpellatus, licet semel, non solvit, moram admittat, & hanc, nisi debiti oblatione, non emender

mendet l. 91. §. 3. *D. de verborum obligationibus* l. 26. *D. Solutio matrimonio*. At enim plurium interpellationum mentio fit in l. 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus* l. 38. *D. de minoribus* l. 59. §. 5. *D. Mandati vel contra*. Sed non, quasi jure necessariæ sint: sed quia de facto intervenerant. Marcianus tamen, ut in mora debitor sit, exigit repetendi debiti instantiam l. 32. §. 1. *D. de usuris*. verba Marciani, *Et non sufficit ad probationem moræ, si servo debitoris absentis denuntiatur est a creditore procuratoreve ejus: cum etiam si ipsi (inquit) domino denuntiatur est, ceterum postea, cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur*. Sed neque ille ad moram plures interpellationes desiderat: saltem negat, moram intelligi, si a creditore, aut ejus procuratore, sit absentis debitoris servo denuntiatur; nisi ea denuntiatio deinde ex servi renuntiatione venerit ad notitiam domini l. 20. §. 11. *D. de petitione hereditatis*. addit quoque, interdum moram non intelligi, etsi in debitoris persona fiat interpellatio: ut, si creditor, postquam debitor sui potestatem, sive suu copiam, fecit, id est, postquam comparuit, ut cum eo agi possit l. 2. *D. Ex quibus causis in possessione meatur*, l. 7. §. 2. & 3. *D. de suspectis tutoribus* l. 18. *D. Si servitus vindicetur*, omittat repetendi debiti instantiam; id est, ab instantia desistat; sive moram debitori remittat: pari ratione qua *D. Pius omittere* pro remittere his utitur verbis, *Parum juste prateritas usuras petis quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti*. l. 17. §. 1. *D. de usuris*. Similiter, si debitor creditori offerat solutionem, sed post cesset offerre: non intelligitur in mora esse creditor l. 102. §. 3. *D. de verborum obligationibus*. sed non, quia una non sufficit oblatio, ut creditor in mora constituatur: sed quia non videtur obligatio esse in qua non perseverat debitor. pone, is pecuniam creditori offert in jure aut in judicio: mox eam petit creditor; debitor non est paratus; cessat offerre l. 3. §. ult. *D. de actionibus empti & venditi*. rursus finge; debitor pecuniam creditori obtulit; & eo non accipiente, deposuit; mox recipit pecuniam: ut in l. 7. *D. de usuris*: depositio non manet in eadem causa l. 8. *C. de distractione pignorum*. non perseverat igitur debitor offerre, mutata voluntate, nec dissimile est, quod Papinianus l. 15. §. 1. *D. de inofficioso testamento* de præparatione litis quæ necessaria sit ad querelæ translationem, sic inquit, *Hereditas qui post litem de inofficioso præparatam, mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveret*.

Sed eo redeo, unde discessi. apparet, ut mora sit, non cessatum, sed post interpellationem cessatum, esse oportere, at neque hoc sufficit: amplius desideratur; ut, cum justa interpellatio es-

set, sine justa causa cessatum sit. & ideo moram definivi, injustam cessationem ejus qui jure interpellatus, non facit. nam & frustratio appellatur l. 37. *D. Mandati* l. 3. §. 4. *D. de usuris*: & si justa ex causa sit dilatio, inculcata est, & ideo civili interpretatione mora non est l. 9. §. 1. *D. eod. tit.* finge, ut exemplo rem uno aut altero demonstrarem, peti, sed nullo jure deberi, aut natura deberi, sed non civili jure: quis dicet, moram fieri, ubi nulla petitio est l. 127. *D. de verborum obligationibus*? idem est, si reus civili jure debeat, sed exceptione tutus sit l. 21. *D. de usuris* l. 40. *D. de rebus creditis*. finge, & naturaliter & civiliter deberi, sed alio peti loco, quam quo debetur: ut in l. 47. *D. de legatis lib. 1.* finge, deberi in diem sed diem non venisse: est in utraque specie causa denegandæ solutionis, nec est injusta cessatio quam moram appellamus l. 39. *D. de solutionibus* l. 49. §. ult. l. 122. pr. *D. de verborum obligationibus*. finge, & naturaliter & civiliter, amplius, pure deberi, etiam opportuno peti loco; sed causam esse, cur ignoret debitor, quantum solvere debeat? negat Venulejus, improbum videri l. 99. *D. de regulis juris*. quid, si ad judicium provocet, & sine dolo malo faciat? nec hunc moram facere, Julianus ait l. 63. *D. eod. tit.* & Paulus probat l. 24. *D. de usuris* estque exemplum elegans l. 3. *D. eod. tit.* Quid, si maluit litigare, quam restituere? cum frustrandi causa facit, sciens, se restituere debere, moram fecisse, Ulpianus refert l. 82. §. 1. *D. de verborum obligationibus*. rursus finge, aliquem scire, se debere, etiam quantum debeat; sed sine vitio suo destitui solvendi aut occasione, aut facultate? in mora esse, negat Seneca lib. 4. *De benefic. c. ult.* verba Senecæ, *Non est per me mora, si aut occasio mihi deest, aut facultas*. & exempla l. 9. §. 1. l. 17. §. 3. l. 23. *D. de usuris*. ita Pomponius l. 3. §. 4. *D. de actionibus empti & venditi* definit, videri moram esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat, id est, ut idem Pomponius ait l. 23. *D. de obligationibus*, si per eum steterit, quo minus daret. Sed omnia enumerare longum esset: & placeat quod Marcianus ait lib. 4. *Regularum*, utrum ex persona mora sit admissa nec ne, apud Judicem examinari oportere, Pomponium certe scripsisse, difficilem esse hujus rei definitionem: Divum quoque Pium Tullio Balbo rescripsisse, an mora facta intelligatur, neque Constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione, decidi posse; cum sit magis facti, quam juris l. 32. *D. de usuris*.



CAPUT X.

Interdum ex re nasci moram, & quibus in causis. Moram ex re non esse veram moram: & ideo saepe negari moram.

Igitur mora non ex re, sed ex persona, fit. Sed aliquando, quod Ulpianus observat, etiam in re moram esse decerni solet l. 23. §. 1. D. de usuris. & exemplum Ulpiano, si forte non exstat qui conveniatur: ut fit, si non comparet debitor: quo casu vult Pomponius l. 2. D. de nautico fœnore, ut creditor id ipsum testatione complectatur. hoc est, ut protestetur, se neminem reperire quem interpellat. ad quid? ut pro petitione id cedat. licet enim tum nulla interveniat interpellatio; tamen, quia non stat per creditorem, quo minus interveniat, intelligitur intervenire: exigente rerum necessitate; quæ legem facit, cum non licet facere aliter.

Idem vel simile est, si in diem concipiatur non obligatio de qua supra dixi; sed solutio. (quod in credita pecunia fieri, Seneca observat lib. 3. de benefic. c. 10. sequentibus verbis, *Dies beneficio reddendo non dicitur, sicuti credita pecunia*) Nec difficilis est hujus ratio exceptionis. nam cum liquet creditoris voluntas, quid est nova opus interpellatione? etsi enim non moneatur debitor, tamen si non solvat sua die, est quod castigetur mora: quia ante cesserat dies, licet nondum venerat l. 213. D. de verborum significatione: & postquam venit, jam admonitus est ejus adventu debitor. scit enim, creditorem voluisse, sibi solvi ea die in quam concepit solutionem. hæc igitur eum pro homine interpellat: ut optime Justinianus l. 12. C. de contrahenda stipulatione, & ante eum Papinianus l. 9. §. 1. D. de usuris: cum ait, *usurarum stipulationem, quamvis debitor non conveniatur, committi*. agitenim de solutione in diem concepta: ut ex conjunctione principii & d. §. 1. ejusdem capituli intelligitur, idque tum maxime verum esse, si sit quod debitori imputeretur, in antecessum dixi h. lib. c. 14. cui nunc addo Africanum l. 23. D. de obligationibus & actionibus. verba Africani. *Trajectura pecunia nomine, si ad diem soluta non esset, pœna (uti ad solet) ob operas ejus qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere desierat: deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit, ejus quoque temporis quo interpellatus non esset, pœnam peti posse; amplius etiam si omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum est, si is qui interpellare cepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, pœnam non committi.*

Sed non illis tantum in speciebus ex re mora fit; sed etiam in legatis & fideicommissis quæ piis causis relinquuntur. de his enim sic constituit Imp. Justinianus l. 46. §. 4. C. de Episcopis & Clericis. *Supra autem omne tempus quo distulerint facere disposita scriptis heredes, eos cogi solvere & fructus, & redditus, & omnem legitimam accessionem a tempore ejus qui disposuit, mortis; sancimus, non inspecta mora a litis contestatione aut conventionione, sed ipso jure intellecta (quod dicitur vulgo) mora præcessisse, & locum habente fructuum & aliarum rerum accessione.*

Idem est, si emptor rei emptæ possessionem accipit, neque pretium solvit. statim enim ad usuras tenetur; etsi a venditore interpellatus non sit, au-

ctore Paulo lib. 2. Sent. tit. 17. §. 9. & hoc Ulpianus vult l. 13. §. 20. D. de actionibus empti & venditi: cum sic scribit, *Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit: item usura pretii post diem traditionis; nam cum re emptor fruatur, æquissimum est, eum usuras pretii pendere.* Ait, in actionem venditi venire pretium, quanti res venit; etiam usuras ejus. ex quo tempore? post diem traditionis. saltem, si interpellatus sit emptor. imo, etsi non sit. nam, cum emptor re fruatur, æquissimum est, eum usuras pretii pendere, id enim vult juris gentium ratio, distinctis dominiis: nempe, ne venditori jus suum inane sit, cum emptori utile est; sed ut emptor fructus suos capit ex re emptæ; sic ut venditor quoque fructus pretii rei venditæ accipiat, quod si non sit, etsi nulla intervenierit interpellatio, nec intelligatur mora ex persona fieri; tamen ipsa re, id est, ipso jure, mora fieri intelligitur.

Simile in fisco jus est. nam & ei ex contractibus suis debentur usuræ tardioris solutionis; etsi nulla mora ex persona interveniat, auctore Paulo l. 17. §. 5. D. de usuris. verba Pauli. *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat; sed ipse accipit: ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt; item ex vectigalibus.* Paulus foricarios appellat eos qui a fisco foricas conducunt. quorum Juvenalis meminit sat. 3. vers. 38.

- - - Inde reversi

Conducunt foricas. - - -

Hi autem qui sint, dubitari ostendit vetus Scholiastes; cum scribit. *Foricas, stercora, hoc est vectigal. forire est * non foras ejicere.*

Alii tabernas dicunt foro vicinas. alii vectigal vinarium quod ex Africa in urbem vehebatur. alii domos publico sumptu adificatas ad locandum, quarum conductores lucra capiebant. Sed Cujacius, lib. 22. Observ. c. 34. foricarios interpretatur, qui latrinas publicas a fisco conducunt certa mercede, ut minuta ferant æra a singulis quos in foro deprehenderit supervacuum naturæ onus. Non male. ut tamen nec improbem, si quis foricarium exponat, vectigal vinarium, de quo verus ille Juvenalis Scholiastes. fit certe & mentio vectigalis foricularii & ansarii promercalium in quodam vetere Marmore, apud Gruterum, pag. 199. Inscr. 6. quod dubito, an idem sit vectigali vinario, de quo Scholiastes Juvenalis, itemque, an hujus loci sit, ejus Inscriptionis exemplum si quis recensere velit, apposui. exemplum Inscriptionis.

IMP. CAESAR. M. AVRELIVS
ANTONINVS. AVG
GERMANICVS. SARMAT. ET
IMP. CAESAR. L. AVRELIVS
COMMODOVS. AVG
GERMANICVS. SARMATIC
HOS. LIMIDES. CONSTITVI. IVSSE
RVNT
PROPTER. CONTROVERSAS.
QVAE

* forte, onus foras.

ORTAE. ERANT. VTI. FINEM
DEMONSTRARENT. VECTIGALI
† FORICVLAR! TE. ANSAR!
PRO MERCALIVM. SECVNDVM
VETEREM. LEGEM. SEMEL. DVM
TAXAT. ** EXIGVNT

Utrumque erit; huic instituto sufficit, quod fiscus ex contractibus suis usuras accipit ab his qui tardius inferunt pecunias, etsi moram ex persona non faciant.

Cæterum recepto hoc jure, ambigi cœpit, si quis fundum emerit a fisco, & tardius solverit pretium, an usuras ei debeat, non quidem a tempore traditæ possessionis; (inde enim vel privato venditori usuras deberi, ante dixi) sed cum nulla adhuc traditio intervenit. quo casu etsi privato non debeantur usuræ; ut tamen fisco comperant, forsan possit ejus privilegio consequens videri. Sed ratio patitur, suum fisco jus privilegii interpretatione servari: alienum autem illo colore ad eum transferri, non patitur. atque id futurum erit, si velimus, fisco deberi usuras pretii fundi nondum traditi. quæso enim, quo pertinent usuræ pretii venditi fundi, nisi ut habeant vicem perceptorum fructuum? horum igitur copiam si emptori fiscus fecit traditione possessionis, recte potest usuras, id est, eorum æstimationem, petere: sed si non fecit, magis injuriam habebunt usuræ, & ideo a fisco sine rubore non petentur. atque hoc voluit Paulus l. 16. §. 1. D. de usuris, his verbis. *Cum usura pretii fundi ab eo qui a fisco emerat, peterentur & emptor negaret traditam sibi possessionem, Imperator decrevit, iniquum esse usuras ab eo exigi qui fructus non percepisset.*

Illud quoque dignum quæri, an is qui experitur mandatis a fisco actionibus, hic fruatur fisci privilegio. finge, quæ est species l. 43. D. de usuris: fiscus successit Titio. in ejus hereditate erat nomen quod Mævius ei debebat sine usuris. debentur fisco usuræ ab eo tempore quo Titio successit. Sejus qui pro Mævio fidejussit, fisco solvit Mævii debitum, sub pacto, ut ei a fisco mandaretur actio adversus Mævium. fiscus ei cessit actionem. an potest Sejus postquam solvit Mævii debitum, fisci jure & exemplo petere usuras temporis quod cessit, postquam fiscus percepit debitum? Sed non videtur: nam futuræ usuræ non erant fisco debitæ: & fisci privilegium non sequitur eum qui a fisco emit; nisi impetraverit, hoc in se transferri l. 3. C. de privilegio fisci. Et hoc Modestinus probat d. l. 43. maxime, si sic legatur, *Herennius Modestinus respondit, ejus temporis quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras quæ in stipulatum deductæ non sunt, petere non posse.* Florentiæ est, petere posse: sed Græci videntur legisse, petere non posse: sic enim transferunt eum locum, *Basilic. lib. 23. tit. 3. tom. 3. pag. 387. Si me solvente fisco quod tu ei debes, fiscus mihi cesserit nomen tuum, ejus temporis quod post solutionem a me factam praterit, usuras a te non petam, nisi eas mihi stipulanti sponderis.* Et deinde, in scholio, ait Cyrillus, pag. 452. *Nam pri-*

vilegium fisci ego privatus habere non possum: nisi specialiter cessum sit.

Est & in minorum persona receptum, ut re ipsa, & solo tempore tardæ pretii solutionis, mora fieri credatur in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis, & legatis. meminerunt Imp. Diocletianus & Maximianus l. 3. C. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. verba sunt Imp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Decimo. *In minorum persona re ipsa, (&) ex solo tempore tardæ pretii solutionis, recepto jure moram fieri creditum est: in his videlicet quæ moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis & legatis.* Sic illi. ac videtur id jus deberi Constitutioni l. 87. §. 1. D. de legatis lib. 2. & quidem Severi: nam huic adscribitur ab Ulpiano l. 26. §. 1. D. de fideicommissariis libertatibus. *tuasit autem hanc Imperatoris providentiam favor ætatis lubricæ & inconsultæ, denique vera sua commoda non intelligentis; & ideo sæpe vel non petentis quod debetur, vel serius petentis.* Eam rationem indicant Diocletianus & Maximianus l. 5. C. de actionibus empti & venditi: cum Decimo sic rescribunt, *Curabit Prasfes provinciæ, compellere emptorem qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nulla mora intercesserit) generavit.* Proponitur Decimus minor quam quinque & viginti annis, vendidisse fundum, ejusque possessionem emptori tradidisse, tantum accepta ab eo pretii parte. quæritur, quid juris sit de parte quam emptor penes se habet. ajunt Imperatores, eum cogendum, & hanc partem Decimo restituere: at non solam, sed cum usuris. quæso, qua causa? quia & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor, usuras generavit, licet nulla mora intercesserit, id vero valet, quod, ut mora non fuerit ex persona, tamen ex re nata est, cum ob fructus, ab emptore perceptos post traditam possessionem, tum ob favorem minoris ætatis. volunt igitur Imperatores, Decimo deberi usuras partis pretii; non quia nulla intercessit emptoris mora: sed quia mora ex re accusatur d. l. 26. §. 1. D. de fideicommissariis libertatibus: quæ non vera mora est, sed quasi, & impropria, ac per similitudinem. Nec id in hoc saltem casu, sed in aliis quoque, evenit, ut quod improprium est; propter similitudinem eodem vocabulo comprehendatur. Senecam audi lib. 5. De beneficiis c. 13. verba Senecæ. *Quædam etiam si vera non sint, propter similitudinem eodem vocabulo comprehensa sunt. sic pyxidem & argenteam & auream dicimus. sic illiteratum non ex toto rudem, sed ad literas altiores non perductum. sic qui male vestitum & pannosum vidit, nudum se vidisse dicit.* Similiter mora ex re non est vera mora, sed instar moræ, accipitur; atque ideo, si comparetur cum ea quæ ex persona fit, & vera ac propria mora est, non intelligitur mora: tantum quia non per omnia mora est, sed favore personæ, non in perpetuum, sed interim, dum major fiat, ad instar moræ accipitur; cum vera mora perpetua sit: ut pulchre observat Papinianus l. 87. §. 1. D. de legatis lib. 2. his verbis, *Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque, puella, ex quo mora facta est, deberi respondi: quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usura omnimodo præstentur, tamen non pro mora hoc habendum est; quam sufficit semel intervenisse ut perpetuo debeantur.* Sed de d. l. 5. vel nimis, nisi addendum adhuc; quod separata ab ea est d. l. 3. C. *In quibus causis in integrum restitutio neces-*

saria non est: cum olim ei cohæserit. est enim eadem utriusque Inscriptio; etiam idem utriusque tenor: imo est in posteriore ratio prioris. quid, si ex utriusque conjunctione facile ad certum accedit sensus, hætenus saltem probabilis. sed is liquebit facta utrinque loci conjunctione: cuius hoc appositum exemplum. *Imp. Dioclet. & Maxim. AA. Decimo. Curabit Præses provincia, compellere emptorem qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii quam penes se habet, cum usuris restituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nulla mora intercesserit) generavit. quando in minorum personæ ipsa (&) ex solo tempore tarda pretii solutionis, recepto jure moram fieri creditum est: in his videlicet, quæ moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis & legatis.* Hanc conjunctionem quæ est elegans, ipse non animadverti priore Operis hujus editione, sed eam debeo industriæ & humanitati Doctissimi Viri, Johannis Van de Water, Jurisconsulti Ultrajectini, auditoris quondam mei; qui eam mihi deinde in familiaris sermone suggessit. quod reticere neque volui, neque debui.

Cæterum ex his intelligi quoque poterit sequens Papiniani locus in l. 1. §. 1. *D. de usuris. Si*

socius ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo; etiam mora non interveniente, præstabitur usura. Significat, socium, si communem pecuniam invaserit, vel in usus suos converterit; etsi a socio interpellatus non sit, ei ad usuras teneri. Justissime: quippe convenit distinctis dominiis, ut qui rescierit, quid ab alio ad se venisse, ei hoc ultro restituat. sed nec agit socius quod socii sit, volens sibi quod socio nolit; quia societas (ut ostendi lib. 1. c. v.) animorum æquatio est, & quædam veluti imago fraternitatis. Igitur quo tempore socius communem invadit pecuniam vel hanc lucrandi animo in usus suos convertit, & pro socio, & furti, tenetur. l. 45. *D. Pro socio.* ac, quamquam a socio non interpellatur, tamen & vi domini, & societatis, id est, ipsa rerum veritate, in mora constituitur l. 8. §. 1. & l. ult. *D. de conditione furtiva*, l. 19. *D. de vi & vi armata*; denique, omnimodo usuras præstabit, etiam mora non interveniente, id est, etiam sine personæ interpellatione, quæ proprie mora appellatur.

Idem vel simile in deposito esse, Gordianus auctor est; si depositarius re deposita usus sit, invito domino l. 3. & 4. *C. de depositi vel contra.*

C A T U T XI.

Vsque ad quem diem usura in bonæ fidei judiciis debeantur officio Judicis? sensus l. 1. §. 2. D. de usuris, & quorundam aliorum capitulum.

EX his appareret, usuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis plerumque ex mora deberi: interdum etiam omnimodo, mora non interveniente. quamdiu? usque in diem condemnationis. Quid, si condemnatus tardius pareat sententiæ? ait Papinianus l. 1. §. 2. *D. de usuris. Nec tamen judex bonæ fidei recte jubebit interponi cautiones, ut si tardius sententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendatur usura.* Papinianus significat, quod Judex datus in bonæ fidei judiciis, etsi reum condemnet in usuras præteriti temporis usque in diem sententiæ, tamen non potest eum cogere ad interponendam cautionem de præstandis usuris post tempora judicati, & utitur Papinianus ratione; ea ratio est, quia in potestate actoris est, judicatum exigere. sed ea levior ratio est, quam ut sufficiat. nam, quod potest actor sibi cavere, instituta actione rei judicatæ, non eo pertinet, ut præpterea aliter sibi consulere non debeat. Utitur igitur Paulus d. l. 1. §. 2. alia ratione; cum in Notis subjicit, *Quid enim pertinet ad officium Judicis futuri temporis tractatus?* Erotesis est, frequens Veteribus: cuius sensus est, quod ad Judicem non pertinet futuri temporis tractatus. atque is sensus clarius erit: cogitantibus, quod usura in bonæ fidei judiciis currunt ad sententiam: post consistunt intra tempora judicati quæ reo humanitatis causa indulgentur l. 16. §. 1. *D. de compensationibus*, & ideo a mora eum excusant. his vero finitis, rursus currunt usurae, at non veteres, sed novæ, atque ipsæ ex causa rei judicatæ, nec ante, quam si conventio facta, & post eam mora commissa, sit: ut paulo post ostendatur ex usu ejus seculi. quod si est; apparet, ad Judicem non pertinere futuri temporis tractatum: quia oportet eum, cum sententiam dicit, officio suo fungi circa usuras quæ in judicio fuere. hæc vero non aliæ sunt, quam quæ tum currere. cæterum, si quæ post futuræ sperentur ex

causa judicati, ad eas non potest ejus officium respicere; quia illæ in judicio non fuere; & cum existent, non erit Judex, ejus officio per sententiam jam finito, & in actione rei judicatæ deinde a Prætoris alio Judice constituendo.

At enim Papinianus l. 41. *D. de judiciis* scribit, *In omnibus bonæ fidei judiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnationem fieri.* Potest igitur ad officium Judicis pertinere etiam futuri temporis inspectio. Sed videamus, ne id obtrineat in futuro tempore, quod ex præsentem pendeat. loquitur enim Papinianus de obligatione in diem: cuius executio differtur; cum ipsa præsens sit l. 46. *D. de verborum obligationibus*: cessit enim in ea dies, sed nondum venit l. 213. *D. de verborum significatione*: ac non potest ex ea agi ante diem, ut solutio fiat; sed si non hæc petatur; sed cautio; recte existimat Papinianus d. l. 41. convenire officio Judicis bonæ fidei, obligationem cuius dies cessit, etsi nondum venit, cautionibus interpositis servare tempori quo executioni dari possit. cæterum, si quid futurum sit ita, ut non pendeat ex præsentem tempore: (quod sit, si quæstio sit de futuris usuris post condemnationem) magis est, ut non videatur ejus tractatus ad officium Judicis pertinere: quia quod non debetur, non venit in judicium, etsi aliquando futurum sit, ut debeatur, nova igitur actione opus est, auctore Papiniano d. l. 1. §. 2. *D. de usuris*, sive nova interpellatione: ut Paulus & Javolenus loquuntur l. 23. & l. 35. *D. de judiciis*, & l. 14. §. ult. *D. de aqua & aqua pluvia arcenda actione.*

Sed obstat l. 1. *C. de sententiis quas sine certa quantitate proferuntur*: in qua Severus & Antoninus rescribunt, *Cum judicem quoad pecuniæ condemnationis soluta fuisset, de pendendis usuris*

usuris legem dixisse profitearis : non contra juris formam sententiam datam, palam est. Volunt Imperatores, valere sententiam qua Judex jubet, pendii usuras pecuniæ in condemnationem deductæ, donec pecunia solvatur. volunt igitur, valere sententiam qua Judex de futuris usuris pronuntiat. Nisi proponitur ibi actum actione rei judicatæ : in eaque Judex a Prætoribus datus: qui Judex pronuntiavit, usuras rei judicatæ solvi, quoad soluta esset pecunia, actori priore iudicio adjudicata & quia in sententia non expressit aut pecuniæ, aut usurarum, quantitatem: quæritur, an valeat sententia? quod putant Imperatores. scilicet, quia ex priore sententia apparet quantitas condemnationis, eamque indigitat Judex hac sequente. certæ quoque sunt usuras rei judicatæ definitione juris publici, certa est igitur sententia. At Judex pronuntiat de futuris usuris. Ne puta, magis pronuntiat de his quæ post tempus iudicati debentur; facta jam conventionione:

quam fieri necesse erat tempore Severi & Antonini. quo nondum currebant usuras rei judicatæ ipso jure, sed demum post actoris interpellationem. Nec verbis opus: respicit eo Papinianus *l. 1. §. 2. D. de usuris*; cum negat, Judicem iudicii bonæ fidei recte jubere interponi cautiones; ut, si tardius sententiæ condemnandus paruerit, futuri temporis usuras pendantur: & addit causam, quæ causa est, quia in potestate actoris est iudicatum exigere. Similiter placuit Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodosio *l. unic. Cod. Theod. de usuris rei judicatæ*, reum post tres menses a lata sententia ad duplices centesimas teneri: sed non alias, quam interpellatum. Quod notandum est: quia a Justiniano post mutatum *l. 2. §. 3. C. eod. tit.* etiam olim in fisco non obtinuit ex Antonini Constitutione

quæ est in *l. 1. C. eod. tit.*
ut ostendo
alibi.

C A T U T XII.

Usuras in stricti juris iudiciis officio iudicis non deberi, ne a tempore quidem litis contestatæ.

Igitur in bonæ fidei iudiciis, & si quæ eis comparentur, usuras ex mora debentur officio Iudicis, etsi non sint promissæ. in iudiciis autem stricti juris quamquam ex stipulatu peti possint; si præcedente interrogatione, promissæ sint: tamen, si non sint promissæ, ex mora non debentur officio Iudicis: estque insignis error existimantium, (quamquam jam seculi moribus obtineat) usuras in stricti juris iudiciis post litem contestatam, etiam non promissas deberi. Scio, movet eos, quod vulgo receptum est, actori causam, post litem contestatam, præstari in eum diem quo sententia dicitur; quia quale est, cum peritur, tale dari debet, in his quoque iudiciis quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei *l. 31. D. de rebus creditis*. Verum hoc non ad usuras, sed ad fructus in primis, & pauca alia, refertur *l. 2. l. 3. §. 1. D. de usuris*. At enim Ulpianus *l. 34. D. de usuris* scribit, *Usuras vicem fructuum obtinere, & merito non debere a fructibus separari*. Et ita est: sed, si Ulpianum audimus, non ubique: sed in legatis & fideicommissis, & in tutela actione, & in cæteris iudiciis bonæ fidei servatur, atque, ut supra dixi, id non eorum vi ac natura, sed Principum Constitutionibus, receptum, ad alia igitur in quibus constitutum non est, porrigendum non est. imo contra est in his servandum, quod ex vetere jure ait Pomponius *l. 121. D. de verborum significatione*. Usuram pecuniæ quam percipimus, in fructu non esse: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Ut autem clarior sit legis sensus, observandum est, desumptam esse ex Ulpiani lib. 15. Ad Edictum ex quo item *l. 20. l. 25. l. 27. §. l. 29. D. de hereditatis petitione*: atque adeo respicere ad Senatusconsultum de hereditatis petitione, cujus verba exstant in *d. l. 20. §. 6.* neque aliud velle, quam hereditatis possessorem ex eo Senatusconsulto teneri, herediæque usuras restituere, si quas ex pecunia hereditaria accepit, atque fructus ex rebus hereditariis perceptos: quam ob rem? quia usuras obtinent vicem fructuum, & merito non debent a fructibus separari. idque confirmari eo, quod in legatis, & fideicommissis, & in tutela actione, & in cæteris

bonæ fidei iudiciis ira observatur post Constitutionem D. Pii: ut supra dictum, quidni igitur in petitione hereditatis? Respondi primo argumento, quo decepti sunt homines docti. Venio ad alterum, quod petitur ex *l. 35. D. de usuris*: in qua Paulus ait, *Lite contestata usurae currunt*. sic autem exponitur, quasi velit, lite contestata, usuras incipere currere: quo sensu ea vox accipitur ab ipso Paulo *l. 40. D. de rebus creditis*, & Ulpiano *l. 7. §. 7. D. de administratione tutorum*. At non est illa, etsi videretur, Pauli sententia, usuras, si ante litem contestatam non cucurrerint, post eam incipere currere: hæc est, usuras, si ante cucurrerint, post litem contestatam adhuc pergere currere: quomodo apud Persium *Sat. 5. vers. 149.* dicitur *pergere sudare*, pro sudare, in his verbis.

Quid petis? ut nummi quos hic quincunx modesto Nutrieras, avidos pergant sudare deinceps.

Quod Casaubonus ibi animadvertit. Impp. Severus & Antoninus, iub quibus floruit Paulus, *l. 1. C. de iudiciis* sic pronuntiant, *iudicio cepto, usurarum stipulatio non est perempta*. Et ante eos Pomponius *l. 90. D. de verborum obligationibus*, *Etiam si*, inquit, *sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit*. Hoc vero est, quod Paulus ait, *lite contestata, usuras currere*, live, non desinere currere: pariter ut Marcellus *l. 2. D. Pro donato* ait, *Curret usucapio*. pro perget currere. Atque id expeditius erit, adhuc reputantibus, *d. l. 35.* esse partem *l. 18. D. de novationibus*. est enim utraque ex eodem Pauli lib. 57. *Ad Edictum*, ac fere sic coniungenda, *Novatione legitime facta, liberantur hypotheca, & pignus, usuras non currunt: lite contestata usuras currunt*. sensus est; novatione quidem quæ voluntate creditoris & debitoris legitime facta sit, & hypothecas liberari, & pignus, usuras quoque desinere currere; nempe, quia principali obligatione creditoris voluntate extincta, deinde nec ea quæ accessoria sunt, subsistunt. at si lis sit inter creditorem & debitorem contestata, etsi idem videri possit, quia & litis contestatione novatio fieri intelligitur: tamen non esse

esse idem, scilicet, quia ea novatio fit necessitate, atque ideo ea plerumque melior fit actoris conditio, deterior non fit *l. 29. D. de novationibus*. litem igitur contestata usurae currunt: id est, si ante cucurrerint, postea non desinunt currere; sed si ante non cucurrerint, propter litem contestatam,

non incipiunt currere. quamquam post sententiam, si non solvatur res iudicata intra tempus, quod condemnatis indulgetur, placuit, ejus usuras deinde incipere currere ex causa iudicati *l. 2. § 3.*

C. de usuris rei iudicatae.

CAPUT XIII.

In arbitrariis judiciis usuras officio Judicis numquam deberi quasi usuras, sed quasi id quod interest aliquando deberi. Et cur? Ulpianus l. 29. §. 2. D. de Aedilitio Edicto explicatus.

Postquam dixi, quis usurarum usus sit in judiciis bonae fidei & stricti juris; vult ordo, & arbitratorum rationem paucis examinari. Pendet ea judicia (quod & nomen indicat) a Judicis arbitrio §. 31. *Inst. de actionibus*. Sed Constitutio quae usuras officio Judicis introduxit, tantum fuit de bonae fidei judiciis, deque legatis, ac fideicommissis, locuta: de actionibus autem arbitrariis locuta non fuit; non magis, quam de judiciis stricti juris, non igitur in arbitrariis usurae officio Judicis debentur; quia in his neque ante eam Constitutionem obtinere, neque per eam, aut aliam, post introductae sunt. Possint tamen in his aliquando adjudicari; non quasi usurae, sed quasi id quod interest: fere simili ratione qua usuras in bonae fidei judiciis ante eam Constitutionem ex Labeonis auctoritate admissas fuisse, in antecessum ostendi ex *l. 6. D. Pro socio*.

Ne res exemplo egeret, Ulpiani verba adscripsi ex *l. 29. §. 2. D. de Aedilitio Edicto*. Ulpiani verba, *Condemnatio autem sit, quanti ea res erit. Ergo excedet pretium, an non videamus? Et quidem continet condemnatio pretium accessionesque. An Et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat accipere: maxime cum fructus quoque ipse restituat? Et placet*

consecuturum. Ulpiani sermo est de restitutione pecuniae quam venditor emptori, re redhibita, facere debeat. ea autem pecunia petitur actione empti *l. 11. §. 3. D. de actionibus empti & venditi*, quae est bonae fidei: etiam Aedilitia in factum, quam arbitrariam esse, apparet ex *d. l. 29. pr. & §. ult. & l. 31. §. 9. & §. 13. D. de Aedilitio Edicto*. utraque ad id quod interest competit. Sed Ulpianus *d. l. 29. §. 2.* agit de actione Aedilitia in factum arbitraria, in ea actione usurae proprie non veniunt officio Judicis: quia id nulla placuit Constitutione. putat tamen Ulpianus, emptorem ea actione posse consequi usuras pretii, non quasi usuras, sed quasi id quod sua interest: ejusque rei hanc rationem esse, quod in arbitraria actione Judicis aestimatio est, quemadmodum actori satisfieri oporteat: & cum emptor venditori in redhibitione non modo rem, sed & fructus ejus, restituat, vicissim aequo & bono convenire videtur, ut venditor emptori non modo pretium, sed usuras quoque, quasi id quod ejus intersit, restituat, praesertim, cum usurae fructuum vicem praestent: nec aequitas patiatur, venditorem simul & rei, & pecuniae fructus

habere cum injuria emptoris.

CAPUT XIV.

Usuras tolli, sorte ipso jure sublata, ut solutione: sed futuras, non praeteritas: maxime, si conventionem debeantur. Quid, si veniant officio Judicis? usuras etiam ceteris tolli modis quibus obligatio ipso jure exstinguitur: ut compensatione & novatione.

Superest, ut videamus, quibus modis usurae deberi desinant: sunt autem plures. ex quibus primum ponam solutionem sortis. nam ea liberatur debitor obligatione ex qua usuras debet: sublato autem principali debito, non potest usuris, id est, accessioni, locus esse *l. 178. D. de regulis juris*. & hoc nulli dubium est, si quidem agatur de futuris usuris. nam, cum pro usu sortis debeantur, non possunt intelligi, sublato usu pro quo debentur. Ita causam habet danista, apud Plantum: cum negat fortem accipere; nisi prius soluto faenore, *Mstel-laria 3. 1.* his verbis.

TR. Sortem accipe. DA. imo faenus. id primum volo.

Eodem respicit illud Artemidori *lib. 4. Oneirocritic. c. 82.* Quidam filios sibi nasci cupiens, visus est sibi occurrere debitori, & debitum accipere, & de-

bitori apochen, & recepta debita pecunia testimonium dare, atque somnium quidem sic habebat. Narrat autem quod cum somniorum interpretes in Alexandria ipsum judicare non possent, dubius homo, quidnam somnium significaret, supplicaverit Serapidi, ut ipsi aenigma interpretaretur. Et sane visus est sibi, Serapin ipsi dicere, non erunt tibi filii: qui enim apochen exhibuit, usuram non accipit. appellatur autem Graecis omnis partus ac prognatus filius *τοκος*, qua voce etiam usura significatur. De praeteritis autem usuris si quaeratur, distinguendum est, utrum ex conventionem debeantur: an aliter. nam, si stipulatio, verbigratia, intervenerit, quamquam sublata sorte, tamen usurae debentur, quippe cum duae sint obligationes, una sortis, altera usurarum *l. 75. §. pen. D. de verborum obligationibus, l. 8. D. de eo quod certo loco*: ex quibus illa, quae fortis

fortis est, sublata; nil vetat, hanc, quæ usurarum est, existere; quia in ea usura non ut accessio principalis obligationis habentur; sed ut debitæ ex nova causa, id est, ex nova obligatione l. 121. D. de verborum significatione. Sic, si ex conventionem veniant usurae, at si aliter debeantur ex mora, contra dicendum est: quia tum non ex obligatione proficiuntur, sed officio Judicis applicantur l. 54. D. Locati conducti: denique, non duæ sunt obligationes: altera usurarum, ut in superiore casu: sed una obligatio sortis; qua per solutionem consumpta, nec actio, nec Judicis officium, nec usurarum petitio superest. Atque hoc Hermogenianus indigitat l. 49. §. 1. D. de actionibus empti & venditi: cum sic definit, Pretii sorte, licet post moram soluta, usura peti non possunt, cum hæ non sint in obligatione, sed officio Judicis præstentur. Idemque est: si, cum usura officio Judicis debeantur in bonæ fidei judiciis, Judex eas in condemnatione omiserit, nec provocatio sequuta sit l. 4. C. Depositi vel contra l. 13. C. de usuris: licet in illis quæ stipulatu debentur, aliud jus sit l. 8. D. de eo quod certo loco.

Sed usura non tantum sortis solutione definiunt; sed compensatione quoque l. 4. C. de com-

ensationibus, & novatione, maxime stipulatione facta: quæ cum contrahentium voluntate principalem tollat obligationem, & civilem, & naturalem; nil mirum, si & accessoriam tollere videatur l. 18. D. de novationibus. Quid, si litis contestatione fiat novatio? sane sicut stipulatione, sic iudicio accepto, contrahitur, ita ut prior obligatio, sequuta post condemnatione, in iudicati obligationem transferatur l. 3. §. 11. D. de peculio l. 16. §. 6. D. de pignoribus. sed ea novatio a superiore distinguitur. non enim, ut illa, sponte contrahentium, sed inter invitos, contingit l. 83. §. 1. D. de verborum obligationibus ex necessitate l. ult. D. de separationibus, neque actoris causam deteriores facit; sed meliorem l. 29. D. de novationibus. proinde licet novatione, per stipulationem facta, usura statim desinant currere d. l. 18. D. eod. tit. tamen si litis contestatione fiat novatio, usura pergunt currere l. 35. D. de usuris usque ad sententiam; post inhibentur, & aliæ ex iudicati causa succedunt l. ult. C. de usuris rei iudicata.

* *

CAPUT XV.

De oblatione, obsignatione, & depositione, sortis & usurarum, cum in mora est creditor: deque ejus rei effectui. & quid, si debitor recipiat pecuniam oblatam, obsignatam, & depositam? an & quando, facta oblatione, nec sequuta obsignatione ac depositione, principalis tollatur obligatio, & utrum ipso jure, an ope exceptionis? Sabinianorum & Proculianorum dissensio. Marcellus l. 72. D. de solutionibus liberatus malo quo hætenus laboravit. quid in usuris ex mora debitis, siue ex stipulatu, siue officio Judicis? Jacobus Cujacius & Antonius Faber refutati. simul composita insignis & molesta lis quæ huc usque diremit concordiam Papiniani l. 1. §. 3. D. de usuris, Marcelli & Ulpiani l. 28. §. 1. D. de administratione tutorum, demonstrato vario temporum usu quibus illi florere. in d. l. 28. §. 1. non apparere Triboniani manum aut culpam: et si suspicatus sit Antonius Faber. nec felicior esse ejus conjecturam de Paulo l. 73. D. de procuratoribus. extricatur locus Sævola impeditissimus qui est in l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus. antichresin ex sententia clarissimorum hominum sola tolli oblatione. eam sententiam procul vero esse. Antoninus l. 11. C. de usuris leviter emendatus & illustratus. quid in usuris frugum humidarum aut aridarum?

Tolluntur quoque usura sortis usurarumque oblatione, obsignatione, ac depositione. finge; debitor usurarius (sic enim vocatur l. 7. D. de usuris) offert creditori sortem & usuras, negat creditor accipere, motus non ratione, sed commodo usurarum, & copia debitoris, (morem tangit Seneca lib. 2. De benefic. c. 17. his verbis, Male audire solet fœnerator si acerbe exigit: æque si in recipiendo tardus ac difficilis moras querit) sufficit debitori, pecuniam debitam cum usuris obtulisse, obsignasse in sacculo, & deposuisse. non enim patitur

ratio, per creditorem stare, utrum liberetur debitor qui paratus est ei quod debet solvere. igitur si recusat creditor sine causa, oblatam cum usuris sortem accipere, & debitor consignatam deponit: etsi proprie nihil solvat; tamen, quia pro solvente habetur, statim liberatur a sorte l. 9. C. de solutionibus, & ab usuris l. 6. & l. 19. C. de usuris & hoc est, quod Papinianus d. l. 7. ait, Ex eo die ratio non habebitur usurarum. & ante eum Cicero lib. 6. Ad Attic. epist. 1. Consistere usura debuit quæ erat in edicto meo. deponere volebant

Sed ut hoc jus sit, non sufficit, obsignatam & depositam a debitore esse pecuniam; sed etiam creditori oblatam esse oportet *l. 2. C. de usuris*, maxime testibus praesentibus *l. 6. C. eod. tit.* sive, (ut Imperator Philippus ait *l. 19. C. eod. tit.*) post contestationem. nempe, ut, si facta negetur oblatio, sint quibus probari possit *l. 2. C. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse*. amplius debet creditori debitor totam sortem offerre, & totius usuras, atque ipsas opportuno loco & tempore. nam si alio loco, aut alio tempore, offerat, aut non omnes usuras, aut tantum partes sortis, habet creditor causam, cur recuset solutionis acceptionem; & ideo neque debiti liberationem sequi, neque usurarum totius debiti praestationem retardari, verius est *l. 41. §. 1. D. de usuris. d. l. 9. C. §. 1. 39. D. de solutionibus*.

Sed ut non sufficit, sortem cum usuris obsignatam ac depositam esse, nisi ante sit oblata; sic nec oblatam esse sufficit, nisi & obsignata & deposita sit. id enim ad Marcellum notat Ulpianus *l. 28. §. 1. D. de administratione tutorum*. idemque Papinianus requirit *l. 1. §. ult. §. l. 7. D. de usuris*, etiam Antoninus *l. 6. §. 9. C. eod. tit.* & Philippus *l. 19. C. eod. tit.* debet autem deposita esse in loco tuto *d. l. 28. §. 1.* qualis est publicus: eumque intelligi sacratissimas aedes, vel ubi competens Judex, super ea re aditus, eas deponi disposuerit, definit Imp. Philippus *d. l. 19.* recte. nam & fani Cicero ea in re meminit *d. epist. 1. lib. 6. Ad Attic.* & pecunias in aedibus sacris deponi ac publicitus custodiri solitas, indicat inter alios Plautus *Bacchid. 2. vers. 72.* Publicus igitur locus Imp. Philippo hoc in casu est aedes sacra. addit, vel ubi competens Judex super ea ea re aditus, eas deponi disposuerit & hujusmodi casus est in *l. 56. §. 1. D. Mandati vel contra*. Hæc, si praesens creditor sit. quid, si absens sit? debet debitor Praesidem super hoc interpellare *d. l. 6. C. de usuris*.

Igitur oblatio, sed quam sequuta est obsignatio & depositio, obligationem tollit ipso jure: neque hanc tantum, sed usuras quoque. ita fit, ut debitor, quamquam deinde interpelletur a creditore, neque moram facere intelligatur, neque ad sortem aut usuras teneri. utique, si deinde sortem cum usuris non recipiat. nam, si id fit, definit depositio esse; & reviviscit prior actio, ante extincta: quamquam non directa; id enim fieri nequit, salvo regulis juris *l. 66. §. 1. D. de legatis lib. 2. l. 83. §. 5. D. de verborum obligationibus*: sed utilis *l. 19. C. de usuris*. scilicet, quia causa liberationis cessante ex facto debitoris, & liberationem cessare necesse est. Unde consequens est, ut debitor, si deinde interpellatus a creditore non solvat quod debet, in mora sit *l. 17. D. de periculo & commodo rei vendita*: priore mora per posteriorem purgata. debet igitur debitor rursus ex eo tempore usuras ad quas ante depositionem & consignationem tenebatur. Atque hoc Papinianus vult *l. 7. D. de usuris*: sic respondens, *Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit, & eam cum accipere noluisse, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. Quod si postea conventus, ut solveret, moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.* Sic Papinianus; sed quia subobscurè, interpretatione adjuvandus erit. observandum autem, quod non ait, debitorem, si post oblatos depositosque nummos a creditore conventus, eos non solvat, moram facere; & ideo nummos non fore steriles:

sed ait, debitor pecuniam creditori obtulit, & eo non accipiente, consignatam deposuit, & postea conventus, ut solveret, moram fecit, ex eo tempore steriles non fore nummos. id vero non vult, usuras currere ex quo conventus post depositionem debitor, non solvit. id enim non ita est, si depositos nummos non recepit: non enim potest jure conveniri adversus quem actio non est; ubi autem deficit actio, etsi conventus debitor sit, tamen mora non est *l. 88. D. de regulis juris*: denique, non commissa mora, non potest debitor ad usuras teneri. Sed Papinianus vult, quod nummi steriles non erunt, non ex eo tempore ex quo, ut solvat, conventus est; sed ex quo conventus moram fecit. quod fit, si debitor nummos primum deposuit, deinde recepit, & postea conventus, ut solvat receptos nummos, non solvit. tamen enim jure convenitur; & conventus, si cessatolvere, moram facit, & ideo ad usuras tenetur. Sic, si oblatio, obsignatio, ac depositio, intervenerit.

Sed quid, si oblatio facta sit sine sequente obsignatione? non liberatur debitor, quamdiu exstat res oblata; sed, si periit, liberatur; si-ve culpa ejus periit, si-ve sine culpa; modo si non dolus accusetur *l. 9. D. Solutio matrimonio. l. 17. D. de periculo & commodo rei vendita*. liberatur vero non ipso jure, etsi existimavit Massurius Sabinus, probante Javoleno *l. 105. D. de verborum obligationibus*, sed ope exceptionis; quam maluisse videntur Proculiani; quorum obtinuit sententia, maxime in judiciis stricti juris *l. 73. §. ult. D. de verborum obligationibus l. 84. §. 3. D. de legatis lib. 1.* nam in bonæ fidei judiciis debitor adhuc ipso jure liberatur. non, quod in bonæ fidei judiciis non eadem debitori competat doli mali exceptio: sed quod, cum eadem sit in utroque genere, aliter in bonæ fidei, aliter in stricti juris, judicio exercenda sit: propterea quod exceptio bonæ fidei judicio inest; stricti autem juris judicio non inest. in altero igitur judicio eam in jure contestari, & a Præatore formulæ inferri, oportet; ut post litem contestatam deinde usum inveniat apud Judicem. in altero eam in jure apud Prætorem contestari ac formulæ inferri nihil attinet; quia etiam omnia apud Prætorem, post litem contestatam usum invenit apud Judicem: ut ostendi *lib. 1. De jurisdictione & imperio c. 13.* Utrumque probat Marcellus *l. 72. D. de solutionibus*. verba Marcelli. *Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine sua culpa perdidit: doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit. etenim non est æquum, teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is servus decessit, aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdidit: ipso jure desinet teneri.* Sic in omnibus exemplaribus editur, ausim tamen legere, *Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea perdidit, doli mali.* & reliqua. nam verba, *sine sua culpa*, quæ delevi, aliena sunt: ut alias (si Deus sinet) paulo uberius demonstra- bo. igitur quamdiu exstat res oblata, debitorem non liberat nuda oblatio. idque adeo placet; ut, si creditor, qui sine causa recusavit debitum accipere, postea petat a debitore, quia jure petit, non solventem in mora constituat *l. 17. D. de periculo & commodo rei vendita*. hoc vero indicio est,

est, actionem nuda oblatione statim non fuisse extinctam aut ipso jure, aut ope exceptionis. nam si hoc esset, non haberet creditor petitionem, saltem cum effectu: ea autem deficiente, non posset in mora esse debitor a quo non poterat peti *l. 88. D. de regulis juris: l. 40. D. de rebus creditis*. Sed ut sola oblatione debitor non liberatur a principali debito: sic nec ab usuris eum liberari, rationis est. utique, si ex die conventionis debeantur. tum enim proprie fœnus appellatur: nec respicit res ad ad reparationem damni ex mora facti: sed ad lucrum.

At quid, si ex mora veniant usuræ? sunt qui putent, eas sola oblatione tolli: inter quos familiam ducunt Jacobus Cujacius *ad l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus*, & Antonius Faber, *De erroribus pragmaticorum*, *decad. 22 error. 5.* maxime, si officio Judicis debeantur usuræ: & causam adferunt. ea causa est, præcedentem moram sequente oblatione purgari *arg. l. 91. §. 3. D. de verborum obligationibus*. quod si placet: idem erit in stipulatione qua usuræ ex mora promittuntur. at hoc nemo dixerit; quin Cujacius refellit & Faber. igitur nec, si officio Judicis debeantur, sola oblatione sistuntur. Sed quid est? mihi longe aliter videtur. puto, usuras, siue ex stipulatu, siue officio Judicis jam incœperint currere ob moram, sola oblatione non sisti, sed si non currerint ante oblationem, post eam non incipere currere. Argumenta cedo. accipe ex *l. 1. §. 3. D. de usuris, l. 28. §. 1. D. de administratione tutorum*, & *l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus*, ipsa vera & pulchra; sed plenius enarranda. sunt enim doctrinæ non publicæ, fere ignorantia historiæ usurarum. ea certe deceptus Vir prudentissimus, Antoninus Faber, *d. error. 5. n. 10.* suspicatus est, in *d. l. 28. §. 1.* aut infelicem Ulpiani interpretationem esse, aut Tribonianum interpolatione deformatam. quod cum non sit, utrumque, quantum potero, ea calumnia liberabo. Sed primum exponam verba *d. l. 1. §. 3. D. de usuris*. ea verba sunt, *Circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, siue iudex accipiat, in diem sententiæ, siue sine iudice tutela restituatur, in eum diem quo restituit, usuras præstari*. Plane, si tutelæ iudicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, & pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non præstabit usuras. Cum ait Papinianus, quod circa tutelæ restitutionem latior interpretatio facta est pro favore pupillorum: significat, quod interpretatio laxior & benignior, quam in cæteris bonæ fidei iudiciis, de quibus egerat *d. l. 1. §. 2. & 3.* facta est circa tutelæ actionem. sic enim accipienda tutelæ restitutio: ut in *l. 28. §. 1. D. de administratione tutorum*. instituitur enim tutelæ actio post pubertatem: & hoc tempore dicitur pupillus in suam tutelam venire *pr. Inst. de pupillari substitutione, l. 39. D. de vulgari & pupillari substitutione*, & suam tutelam recipere: ut apud Suetonium, *Claudio c. 2.* cum ante non in sua, sed in tutoris, tutela esset. Igitur circa tutelæ actionem facta est interpretatio laxior, id est, remissior, & benignior, quam in actione pro socio, & cæteris bonæ fidei iudiciis. quid ita? quia postulabat pupillaris ætatis favor, ut usuræ in tutelæ actione ipso jure deberentur sine personæ interpellatione: siue tutor invaserit, aut in usus suos converterit pupilli pecuniam: siue

eam neque invaserit, neque in usus suos converterit: quod in actione pro socio non est. & hoc hodie certum esse, Papinianus *d. l. 1. §. 3.* ait. hodie autem est post Severi Constitutionem de qua alibi monui ex *l. 26. §. 1. D. de fideicommissariis libertatibus*. Satis de prima Papiniani quaestione: quæ est, ex quo die currant pupillares usuræ. Sequitur altera, usque ad quem currant, in ea sic distinguit; aut accipitur Iudex tutelæ, aut tutela sine Iudice restituatur. primum, si Iudex accipitur, id est, si tutelæ agitur, ut ratio reddatur & reliqua solvantur; ait Papinianus, usuras deberi in diem sententiæ. Paulus *l. 46. §. 3. D. de administratione tutorum* ait, in diem accepti iudici. sed hunc accipe, diem sententiæ. quo sensu sumitur *l. 1. C. Si adversus rem judicatam*, & in *l. 29. §. 3. D. de legatis. lib. 3. junct. l. 29. §. ult. D. de evictionibus*; et si alias diem litis contestatæ significet. Hoc, si iudex tutelæ accipitur. quid, si sine eo restituatur tutela? ait Papinianus, usuras præstari in eum diem quo tutela restituatur: id est, quo ratio redditur, & reliqua solvantur. quod Ulpianus probat *l. 7. §. ult. D. de administratione tutorum*. atque hæc certa sunt Papiniano *d. l. 1. §. 3.* nisi tutor nolentem tutelæ iudicio experiri ultro convenerit, & pecuniam ei obtulerit, eamque obsignatam deposuerit. nam, si hoc fit, existimat, tutorem ex eo tempore non præstare usuras: aliter ac si obtulerit quidem pecuniam, non autem consignatam deposuerit tum enim verius est, Imp. Severi Constitutionem de qua dixi, adhuc ad usuras eum teneri: quia ea Constitutione placuit, in tutela usuras ipso jure currere sine interpellatione: ut autem sistatur iter jam currentium usurarum, pecunia vel naturaliter solvi, vel alioquin offerri, & obsignari, & deponi, debet: sola autem oblatione, non sequente obsignatione & depositione, non desinunt usuræ currere quæ ante cucurrerunt. sic post Severi Constitutionem. Cæterum ante hanc non ita fuit. auctor Marcellus *l. 28. §. 1. D. de administratione & periculo tutorum*. verba ejus loci. Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras præstare non debet, ex quo obtulit pecuniam: quin etiam justius mihi videtur, eum per quem non stetit quo minus conventus restitueret tutelam, ad præstationem usurarum non compelli. Ulpianus notat, non sufficere obtulisse, nisi & deposuit obsignatam tuto in loco. Marcellus recte & convenienter usui sui temporis negat, tutorem, si post finitam tutelam ejus administratione abstinuit, ad usuras teneri, ex quo pecuniam obtulit. nempe, quia tutor usuras Marcelli tempore tantum ex mora debebat; ipso jure sine mora non debebat: & quamquam sola oblatione non possent tolli currentes usuræ; poterat tamen fieri, ut quæ nondum cucurrerant, non inciperent. Sed quod Marcellus de sui temporis usu verissime scripsit; non ita fuit florente Ulpiano, postquam Severo visum fuit, usuras pupillo deberi non solum ex mora, sed etiam ante moram ipso jure; & ideo is, *Notis ad Marcellum*, recte observat, non sufficere (tutori) obtulisse, nisi & deposuit obsignatam tuto in loco. scilicet, quia usuræ, jam ipso jure currentes ex Severi Constitutione ante moram, non videbantur tolli pecuniæ oblatione nisi sequuta demum obsignatione & depositione. atque hoc si est: apparet, ab Antonio Fabro *V. CL. d. error. 5. decad.*

22. n. 10. neque Ulpianum, neque Tribonianum, ullo castigari jure; non animadversa juris mutatione tam notabili. Sed neque felicius ejus conjectura est circa hæc Pauli verba l. 73. D. de procuratoribus. Sed hoc constat, ut ante litem contestatam Praeses jubeat in ade sacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis. Quod enim de pupillaribus pecuniis dicitur, Faber non Pauli, sed Triboniani, esse opinatur: cum in his Triboniani neque culpa, neque manus, sit. sed & hic Fabrum fugit usus juris, Severi Constitutione inclinati, & Pauli atque Ulpiani tempore valentis. Dixi de judicio bonæ fidei.

Venio ad judicium stricti juris. de eo Scævola (sic enim censeo; quicquid dicat Vir Illustris; Jacobus Cujacius) l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus. verba Scævola. Seja heres unius tutoris cum herede pupilla transactione pacto solo facta, majorem partem solvit, residuam cavet: illico negavit heres se transactionem servare: & apud judicem tutela egit, & victus provocavit ad competentem judicem, & ab eo quoque ad Principem idem provocavit: & injusta hac quoque provocatio ejus pronuntiata est. quaesitum est, cum per heredem pupillæ mora intercesserit, quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur, nec umquam petierit: an ei hodie debeantur usurae ab herede tutoris? Respondit, si Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure usuras non deberi. Thema hoc est. Seja heres tutoris, heredi pupillæ tenetur actione tutelæ. inter eos cum metueretur lis, facta est transactio solo, id est, nudo, pacto. ejus transactionis lex fuit, ut pupillæ heres, accepta certa summa, a lite desisteret. Seja majorem ejus summæ partem solvit, & reliquam cavet: id est, promisit per stipulationem. sic enim accipiendum id verbum: ut apud Paulum l. 17. D. de usuris: & in illo Sidenii Apollinaris lib. 4. epist. 24. Ut chirographo facto docetur, certa centesima est fœneratori. igitur Seja, soluta majore ejus summæ parte, residuam stipulatione promisit; ac, si quo post solveret, usuras. quod etsi palam non dicatur, arguit tenor loci. deinde egit pupillæ heres non actione ex stipulatu, sed tutelæ. erat enim transactio facta nudo pacto, neque hanc sequuta erat Aquiliana stipulatio, neque acceptilatio, sed simplex stipulatio. ipso igitur jure supererat tutelæ actio; sed, quia poterat elidi pacti exceptione, & hæc inerat tutelæ actioni, id est, bonæ fidei judicio, perinde erat, si ad effectum respiceretur, ac si ipso jure nulla esset actio. egit igitur pupillæ heres actione tutelæ; ac, cum litem amitteret, provocavit ad superiorem Judicem. a quo confirmata priore sententia, postremo Principem appellavit. sed & hic injusta ejus provocatio pronuntiata est. igitur, cum alia non esset provocatio, quaesitum fuit, an usurae deberentur a tutoris herede. quaerendi causa erat, quod usuras stipulatione promiserat ex mora. at non per eam, sed per heredem pupillæ, facta videbatur mora, ipse sane pecuniam ex stipulatu numquam peterat: sed tutelæ egerat. respondetur autem, si Seja non cessasset pecuniam offerre, jure non deberi usuras. Inde colligit Jacobus Cujacius, usuras officio Judicis debitas in actione bonæ fidei, qualis est tutela actio, oblatione sisti; etsi nulla secuta obsignatione & depositione. Male, nam quod Cujacius vult, non vult Scævola. non enim proponuntur ei usurae, officio Judicis debitæ in actione tutelæ; sed proponitur ei nudo pacto esse trans-

actum de actione tutelæ: & cum major pars, transactione debita, esset soluta, residua esse cauta, id est, stipulatione promissa, adjecta pœna, si in solutione cessatur: (sic enim suspicor, & patitur tenor loci) & ideo, si sistantur usurae nuda oblatione, non sistuntur in actione tutelæ, seu bonæ fidei, debitæ officio Judicis; quæ Cujacii sententia fuit: sed ex stipulatu debitæ jure obligationis in judicio stricti juris. hæc quoque usurae Scævola non proponuntur cucurrisse jam ex mora, & deinde interveniente oblatione desisse currere. minime. sed proponitur Seja heres tutoris, cum pupilli heres pecuniam peteret actione tutelæ, ex qua non debebantur, eam in jure obtulisse ex causa stipulationis: ex qua poterant ei deberi; si Seja in mora fuisset. jam vero ea nulla intervenit. primum enim non fuit conventa actio ex stipulatu: sed actio tutelæ. deinde, cum fuit conventa, quamquam male, tamen non cessavit ex stipulatu pecuniam offerre. non igitur Seja, heres tutoris, proponitur in mora fuisse: sed heres pupillæ; & ideo placet, ad usuras non teneri Sejam, quasi deficiente conditione sub qua eas promiserat. atque id Scævola vult, cum ait, si Seja non cessasset ex stipulatu pecuniam offerre. sic enim accipi debet, quasi dicat, usuras a Seja non deberi; si, cum tutelæ conveniretur, non neglexerit, pecuniam ex stipulatu offerre: quia non proponitur fuisse in mora, ex qua usuras promiserat. utique, si pupilli heres oblatam pecuniam numquam deinde petiit ex stipulatu qua actione debebat petere. nam, si petiit, & Seja non fuit parata solvere, adhuc videtur cessasse, & hac re moram commisisse l. 3. §. ult. D. de actionibus empti & venditi.

Hæc igitur obtinent non in præsentem, sed futura, usurarum obligatione. utrumque indigitat in primis species quam Antoninus tractat l. 9. C. de usuris. species Antonini. Titius accepit mutuam pecuniam, & creditori per stipulationem promittit minores usuras, & si has sua die non solverit, majores. placet, minoribus sua die oblatis, si eas declinet creditor, oblationem pro præstatione haberi: etsi nulla sequatur consignatio aut depositio. est enim hujus stipulationis, si minores sua die non solvantur, majores dari, sensus ille, ut majores non debeantur, si minores sua die solvantur l. 40. §. 2. D. de conditionibus & demonstrationibus. ea vero conditio pro impleta habetur; sive debitor minores solvat, sive per eum non stet, quo minus solvat: quod tum fit, cum minores offert, & creditor negat, eas accipere. receptum enim est, quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset l. 161. D. de regulis juris. unde consequens est, ut oblatio, quamquam sola non sistit cursum debitarum usurarum, obstat tamen, quo minus futurae incipiant. sed utrumque clare Antoninus l. 9. C. de usuris. verba Antonini. Si per te non stat, quo minus intra tempora præfinita pecuniam minorum solveres (usurarum,) sed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud judicem datum probaveris: ejus temporis, quo per te non stetisse apparuerit, usurae majores non exigentur. Quod si etiam sortem deposuisti, exinde ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris.

In antichresi tamen Antoninus ita rescripsit l. 11. C. eod. tit. Ex prædiis pignori obligatis creditor post oblatam sibi jure pecuniam quam non suscepit, si fructus

fructus accepit, exonerari sortis debitum, certum est. Atque hinc putant eruditissimi Interpretes, in anthichresi usuras sola fisci oblatione. Quod mihi non videtur: & jam supra ostendi, *oblatam jure pecuniam* Antonino esse, pecuniam non simpliciter oblatam, sed ut jus præscribit, id est, subsecuta consignatione & depositione. sic enim jus, ut exoneretur sortis debitum, vult offerri pecuniam; nisi in jure, aut in judicio, fiat oblatio. tum enim sola sufficit; Ulpianus certe l. 30. D. de solutionibus ait, *Si debitor offerret pecuniam que peteretur, creditor nollet accipere: Prætor ei denegat actiones.* Et ideo nescio, an in d. l. 11. sic legi præstet, *post oblatam sibi in jure pecuniam* ut sit, *post oblatam sibi in jure pecuniam.* nam in jure est, apud Prætores: Sic mihi videtur; eo verius, quia consentiunt manuscripti libri: in quibus est, *in jure*: præterea non est probabilis ratio, cur anthichresis a communi jure exciperetur. nam quod hoc

fieri putant, quia anthichresis non consistit intra modum legitimarum usurarum; & ideo facilius finiri debuit, id falsum esse, supra ostendi.

In frugibus tamen constituit Imp. Constantinus l. 1. Cod. Theod. de usuris: ut, si creditor a debitore interpellatus, nolit accipere sortis usurarumque solutionem; sola conventio sive oblatio usuras sistat, & sortis obligationem tollat. Sed hoc singulari jure receptum, ad consequentias trahendum non esse, ipsa Constantini verba indignant. verba hæc sunt. *Quicumque fruges (humidas vel arentes) indigentibus mutuas dederint, usura nomine tertiam partem superfluum consequantur: id est, ut si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modum amplius consequantur. Quod si conventus creditor, propter commodum usurarum, debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quæ lex ad solas pertinet fruges. nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.*

C A T U T XVI.

Quid, si obligatio tollatur præscriptione temporis? Quid, si usura pacto convento, sive expresso, sive tacito, remittantur?

Quid, si obligatio non ipso jure tollatur, sed exceptione, verbi gratia, triginta annorum? quid dicemus, usuras finiri? non enim omnium mensium annorumve quibus promissæ sint usurae, una est stipulatio, sed singulorum mensium annorumve singulae stipulationes sunt, conceptæ sub conditione, nisi singulis mensibus annisve soluta fuerit sortis capitalis l. 40. D. de rebus creditis. nascitur igitur pro his ex stipulatu actio, non statim, nec semel; sed singulis mensibus annisve quibus debitor cessat sortem solvere: & ideo creditor, si post primi mensis annive lapsum ejus usuras non petierit intra triginta annos, deinde non potest ejus anni usuras petere, resistente triginta annorum præscriptione: sed sequentium annorum usuras exigere non prohibetur; quia ea præscriptio usuris non nocet; nisi petita non sint intra triginta annos: qui non videntur labi; nisi a die quo nata fuit ex stipulatu actio. nata autem fuit non semel, nec primo mense, sed singulis infecutis mensibus. Nec obest, quod cum principalis obligatio tollitur spatio triginta annorum, vix causa sit, cur non idem de usuris jus sit. Nam si usurae stipulatione sint promissæ, etsi sortis solutione principalis tollatur obligatio, ea tamen usurarum obligatio non æque tollitur: quia usurae ea in specie non ut accessio principalis obligationis habentur, sed ut debita ex nova causa, id est, ex nova obligatione l. 121. D. de verborum significatione. l. 8. D. de eo quod certo loco. ac sicut sortis solutione tolli quidem intelligitur personalis actio, usurarum obligatio non intelligitur tolli: ita sublata personali actione triginta annorum præscriptione, non utique sublata intelligitur actio usurarum; quia triginta anni elapsi ratione sortis, non sunt etiam elapsi ratione usurarum: & ita olim obtinuit ex l. 7. §. ult. C. de præscriptione triginta annorum.

Sed aliter visum fuit Justiniano l. 26. C. de usuris. voluit enim, usuras tolli non tantum primi mensis annive, sed etiam sequentium omnium: modo, si post primum mensem annumve præterierit spatium triginta annorum, neque interea fors

cum usuris petita sit. quia enim principalis obligatio tollitur eo tempore, ipsa in totum, etiam ea quæ usurarum est, finiri videtur: non quasi præscriptio eam sustulerit singulis mensibus; sed quasi defuerit accessio esse ex quo principalis obligatio defecisse intelligitur.

Tolluntur igitur usurae sublata sorte. An & manente? fac, pactum non de sortis, sed de usurarum? remissione intervenisse: debetur fors, & peti potest. sed de usuris quid dicemus? & si ex stipulatu debeantur, quantum ad subtilitatem juris attinet, peti possunt: sed si petantur; repellitur actio pacti exceptione: quo facto, nihil interest, utrum ab initio nulla competat actio, an competat, sed per exceptionem elidatur. atque id certum est, si pactum verbis, vel litteris, vel per nuntium, intelligatur. sed quid, si non sic exprimatur? pone: creditor majores usuras stipulatus est, sed per certos annos minores consecutus: deinde majores petiit ex stipulatu. an recte? & non puto, nam etsi palam non consenserit in minores usuras, tamen si per plures annos ultro minores acceperit, cum posset majores petere, in minores consensisse videtur. neque enim opus est, ut pactum conventum videatur, utique palam consensum esse verbis, aut litteris, aut per nuntium; sed si nihil horum sit, sufficit, consensum rebus & factis intelligi l. 2. D. de pactis. & hoc Severus & Antoninus voluerunt l. 5. C. de usuris; cum sic ajunt, *Adversus creditorem usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consequutus; utilis est pacti exceptio.* Nec hi tantum, sed & Scævola l. 13. D. eod. tit. verba Scævola. *Qui semisses usuras promissit, per multos annos minores præstitit: heres creditoris semisses petit. cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, quæro, an exceptio doli vel pacti obstat?* Respondi, *si solvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea quæ proponerentur, ob stare exceptionem.* Sic Scævola: sed tollenda levis menda. ait, *cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, sed scribendum, quo minus majores*

jores solvat. quod animadvertit P. Faber, V. CL. lib. 2. Semestr. c. 25. Ita igitur est, si creditor minores usuras acceperit, cum ei majores deberentur. Sed quid, si non minores, sed nullas, acceperit per longi intervallum temporis, atque ut gratior apud debitorem esset? ea est quaestio l. 17. § 1. D. de usuris: in qua ait Paulus, *Divum Pium ita rescripsisse: Parum juste prateritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.* Unde intelligimus; creditorem non posse prateritas usuras petere, sed futuras petere posse: & ratio est; quia ex facto fit conjectura, eum omisisse, id est, remisisse, prateritas usuras. credo, ex quo facto? quia hoc egit creditor, ut gratior apud debitorem esset. Græci, lib. 23. Basilic. tit. 3. ad. d. §. 1. l. 16. lit. D. pag. 426. tom. 3. sic notant,

Qui longo tempore usuras non petiit, usuras prateriti temporis non recte petit propter liberalitatem: id est, ex presumptione videtur eas liberaliter remisisse. Sed falluntur Græci; si hoc indistincte volunt. nam si non apparet remissionis causa; sed tantum ponitur quis longo tempore non petiisse usuras; magis erit, ut non præsumantur remisæ: quia nulla est ejus præsumptionis causa l. 18. §. 1. D. de alimentis legatis. cæterum, si hæc facti species sit, in qua fieri possit conjectura donationis, aliter dicendum est: ut, si egerit creditor, non petitis usuris, ut gratior esset apud debitorem: qui est casus d. §. 1. l. 17. vel si quid simile sit, ut in l. 54. D. de donationibus inter virum & uxorem. atque id non in usuris tantum, sed & alias, obtineat

l. 26. D. de probationibus.

CAPUT XVII.

Usuras tolli, si ad duplum sortis perveniant. Quomodo accipiendum sit duplum. Usuras, non solutas, sed solvendas, ad dupli computationem profuisse. Id jus facile delusum fuisse interpretatione renovationis, & necessariae, & voluntariae. Etiam pignore creditori dato. Hoc displicuisse Justiniano. Eum quoque noluisse, interesse, utrum usurae per intervalla solutae sint, an non sint. An & in annuis redditibus? Justinianum negare Novell. 160; sub colore annui redditus ex facto anteriorem mutasse Constitutionem.

Postremo placet, usuras tolli, simul ac modum sortis ad duplum adducunt: usque adeo, ut ultra nec in stipulatum duci, nec exigi, posse, Ulpianus scribat l. 26. §. 1. D. de conditione indebiti. Sicut enim humanæ conveniebat societati, usuras solvi pro usu sortis; sic utile erat, eas aliquando finiri: poterat enim creditor, ne ea re damnum pateretur, sibi consulere matura sortis repetitione: ac si æternum current usurae, poterat metus esse, ne facile debitor (quod ille apud Livum lib. 6. c. 14. clamat, sibi accidisse) multiplice jam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem uturis, ære alieno obrueretur scœnore. voluerunt igitur Veteres, usuras currere, usque dum attingant duplum sortis: deinde consistere, non quasi iniquas, sed quasi non necessarias: ac, si ultra solutae sint, sortem minuere. Et hac arte Lucillum, cum Asiæ præesset, provinciam scœnore quo laborabat, liberasse, Plutarchus refert, *vita Luculli.* idemque Aegyptiis sedisse, ex Diodoro Siculo, lib. 2. observat Sirmondus, ad Sidonium Apollinarem lib. 4. epist. 24. & ante eum Cujacius lib. 5. Observ. c. 38.

Duplum autem, quod minus recte computat V. CL. Gulielmus Budæus, Annotation. reliq. ad Pand. pag. 22. puto, optime interpretatur Molinæus Tract. commerc. & usur. n. 47. esse id duplum existimat; si centum creditis sub usuris, usurae ad summam centum adscendant. finge, ut exemplo rem demonstrarem: centum crediti sunt, & promissae usurae centesimae, sed non sunt solutae intra spatium octo annorum & quatuor mensium: centum debentur usurae nomine. duplum igitur attingit usura. Nolo, hoc mihi credas, sed Sidonio Apollinari lib. 4. epist. 24. his verbis, *Cauta est scœnatori centesima quae per bilustre producta tempus, modum sortis ad duplum adducit.* Sidonius rotundo numero vocat

tempus bilustre, quod est spatium octo annorum & quatuor mensium, quo spatio centesima aequat sortem: sive, ut Sidonius ait, modum sortis ad duplum adducit: ut ostendi lib. 2. c. 2. Nostri id duplum vocant alterum tantum; atque eo sortem complectuntur in l. 9. D. de usuris: quam explicui lib. 2. c. 13. Jam Antoninus l. 10. C. eod. tit. *Usura,* inquit, *per tempora soluta non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.* Antoninus significat, usuras duplum egredi, simul ac summam sortis excedunt; atque ultra exigi eas negat.

Non tamen id tum jus esse vult, si per tempora solutae sint usurae: verum si solvendarum usurarum summa duplum excedat tempore solutionis. Sed neque sic magni tes usus fuit. quam enim facile potuit a diligente scœnatore eludi interpretatione renovationis, & necessariae, & voluntariae? atque ita usu venisse, intelligitur ex Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodosio l. 1. Cod. Theod. de usuris rei judicata, in qua sic ajunt, *Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut si contractus debiti ex stipulatione descendit, & casu usurae per annorum curricula summam capitis impleverint (scilicet, ut quantitas sortis quantitati scœnoris adequetur) post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currant, sed capitis quidem dupla, usurarum vero simple.* Sed non tantum Imperatores hoc probant; sed Ambrosius quoque. verba Ambrosii, De Tobia c. 13. hæc sunt. *Multa sunt animantia quae cito generare incipiunt, sed cito etiam generare desistunt. Sors cito generat, & nunquam desinit: imo cum exordium crescendi acceperit, in infinitum extendit augmentum. omne deinde quod crescit, cum ad naturae suae formam atque mensuram magnitudinemque perveniat, vacat incremento:*

mento: sed fœneratorum pecunia tempore semper auge-
tur, & ultra formam maternæ sortis se extendens, mo-
dum non tenet. Pleraque etiam animantium, cum
cœperint ea quæ ex his orta sunt generare, tanquam ef-
fœtis viribus usum generationis amittunt: sors autem
fœnoris cum fuerit crescentibus exæquata centesimis,
& vetustatem sui revocat, & partus solutos adjunctione
multiplicat. Sic Ambrosius, etiam Basilus, *Homil.*
in *Psalm.* 14. pag. 139. tom. 1. *Semina*, inquit,
omnia suo tempore nascuntur, animalia quoque tempore
præstito suos edunt fœtus. Fœnus vero hodie nasci-
tur, hodie parere incipit. Animalia item quæ cito pa-
riunt, cito etiam a partu desistunt. Pecunia vero cum
aviditate plus æquo habendi volucrum trahant origi-
nem, infinitam accessionem tanto progredientum ulte-
rius recipiunt. Unumquodque crescentium, ubi ad ju-
sta sibi que convenientis statura magnitudinem perve-
nit, desinit augeri: argentum vero avari omni tempore
augescit. Animalia ubi suæ soboli cesserunt pariendi
vires, non jam ulterius imprægnantur: fœnori traden-
tium pecunia & quæ succreverint statim pariunt, vete-
resque renovantur.

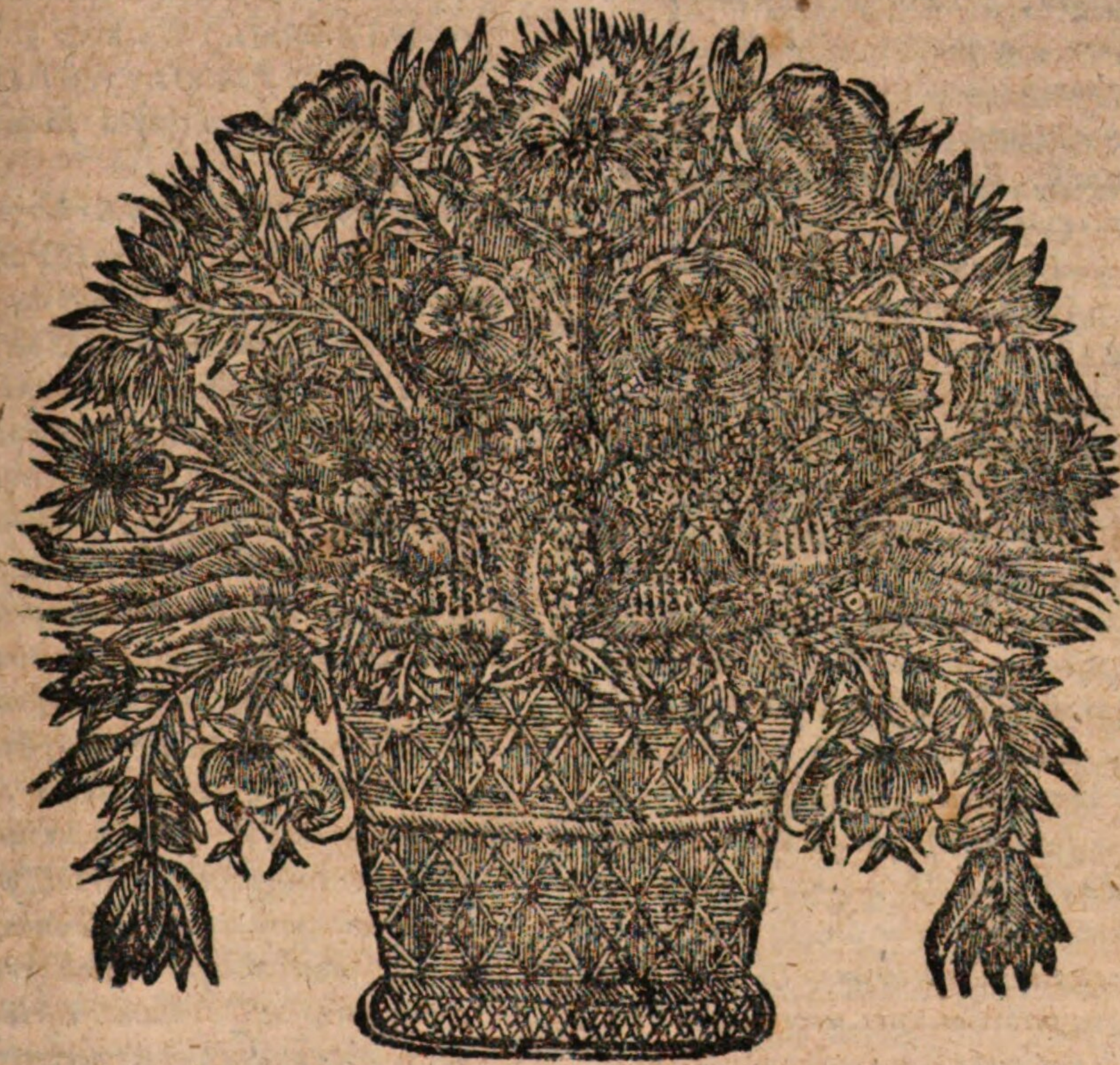
Præter novationem fuit & alia ratio circumve-
niendi hujus juris per pignus creditori datum in
securitatem debiti. nam tum licebat ei usuras exi-
gere ultra duplum: quia ut non haberet actionem
ultra duplum; tamen si pignus pro usuris obliga-
tum esset, habebat retentionem, permittentibus

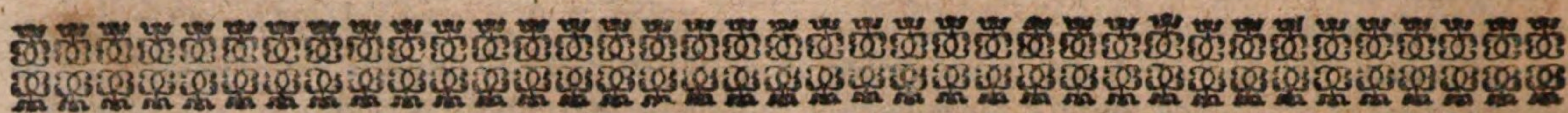
quibusdam veteribus legibus. Sed hoc cum du-
rius videretur Justiniano, & ad eludendam juris be-
nignitatem pertinere; vetuit, usuras ultra duplum
procedere: non modo si pignora nulla, sed etiam si
aliqua, creditori data sint *l. 27. §. 1. C. de usu-
ris.*

Amplius constituit Justinianus *Novell. 121. &*
138. ut etiam minutim & per intervalla solutæ,
cum duplo compensarentur: etsi non utique uni-
versæ simul solverentur, nempe, ne melioris con-
ditionis foret debitor propter frustrationem, quam si
usuras suo tempore ex fide solvisset. sic in usuris.

At si quæ magis ad annum redditum, quam ad
usuram, accedant: in his noluit Justinianus dupli
computationem observari *Novell. 160.* proponitur
autem ei in præfatione quidam eorum qui in repu-
blica Aphrodisiensium cum potestate erant, auri
summam quæ civitati relicta erat, collocavisse: ea
lege, ut quamdiu id auri resideret apud eum qui su-
scipisset, tamdiu is quoquo anno pro eo civitati de-
penderet, quantum ferre civitatem æquum esset. vi-
des speciem, in eaque fœnus sive usuram: si vera se-
ctamur vocabula. at Justinianus redditum esse air
cap. 1. ut sub colore atque imagine redditus civitati
consuleret adversus leges suas: quibus vetuerat, u-
suras excedere duplum. mutavit igitur hac in spe-
cie, favore civitatis Aphrodisiensium, jus antierius:
etsi palam noluit videri mutare.

F I N I S.





ELENCHUS CAPITUM OPERIS

DE

FOENORE ET USURIS.

LIBRI PRIMI.

CAP. I. Summaria operis distributio. 152

II. Vetustissimos Auctores accessionem qua creditori datur pro usu sortis, non usuram, sed fœnus, appellasse: usuræque nomine non fœnus, sed cuiusque rei usum, indigitasse. Dein loquentium usu obtinuisse, ut usura pro fœnore acciperetur. Eam usuram pro pecuniæ aut frugum, non pro corporum, usu præstari. Constantinus l. 25. C. de usuris explicitus, adducto Veterum more ex l. 8. C. Si certum petatur, & Ambrosio, de Tobia. Quo sensu Paulus l. 17. §. ult. D. de usuris dicat, Statuas vel imagines ponendas legari, ex Antiquis præsertim Marmoribus demonstratum, Quæ pro usu corporum dantur, non usuras dici, sed mercedes & pensiones aut redditus: & tamen usuras videri mercedes quæ cum pecunia aut frugum usu mutantur. Jus civile iisdem rebus sæpe diversa, & diversis eadem, nomina ac jura imponere. Cur Veteres juris Auctores non ut aliorum negotiorum, sic fœnoris, proprium fecerint contractum, neque hoc sub locatione & conductione comprehenderint. Fœnus usurasque non tantum in credita, sed etiam in alia, materia constitui posse. Eam usura conditionem esse, ut pro usu sortis exigatur. 153

III. Usuram, si ad moram coercendam referatur, pœnam dici: si ad damni reparationem spectet, id quod interest videri: si ad lucrum respiciat, magis usuram, & vetustiore nomine fœnus, appellari. Salmasium a veteribus Grammaticis de origine & proprietate fœnoris sine causa dissentire. fœnus recte pro sorte, sed proprie pro usuris, accipi. Nonius expositus, salva vetere lectione, adversus Salmasium. quomodo usura a fœnore distinguatur, postquam in bona fidei judiciis coepit ex mora deberi officio Judicis. Cur in Pandectis & Codice inscribatur Titulus De nautico fœnore potius, quam De nauticis usuris. 156

IV. In usura aut fœnoris usu qui quidem verus sit, nihil esse quod a viro bono & sapiente improbetur. Contraria Catonis, Aristotelis, Seneca, Laëtantii, Ambrosii, Augustini, Chrysostomi, & Auctorum Interpretumque juris Canonici, sententia. 158

V. Summam esse rationem usurae quæ ex mora præstatur, siue ad damni reparationem, siue pro pœna, eam usuram, libera republica, sine stipulatione non fuisse debitam, ne in bona quidem fidei judiciis. mutata republica, Labeonem aliquid tentasse in societate, non directo, sed sub colore ejus quod interest: Deinde Principes usuras ex mora Judicis officio permisisse in omnibus bona fidei judiciis. verus Pomponii sensus l. 60. D. Pro socio, ab aliis nondum animadversus. 160

VI. Non esse causam, cur damnetur pecunia incrementum quod ad lucrum spectat, & proprie usura

aut fœnus appellatur. creditorem in fœnore utilitati suæ studere sine debitoris injuria; & hoc ei naturaliter licere. fœnus humana conjunctioni non adversari, sed convenire, necessarius ex officio dari quæ non utique dentur quibus nulla tenearis necessitudine. & cur? in pecunia & frugibus credendis duplicem fieri conventionem: unam quæ beneficio proxima sit: alteram quæ utilitatum permutatione constet: neutram a jure Gentium abhorrere, mutuum commodato, fœnus locationi & conductioni, comparari. 161

VII. Chrysostomum pro distinguenda fœnoris & locationis natura tria adferre argumenta; eaque a Francisco Hotmano gravissima atque eruditissima appellari: sed videri parum idonea. 163

VIII. Præter Chrysostomi argumenta esse tria alia quibus homines egregii & docti fœnus a locatione separari putant. sed frustra. Pomponius expositus l. 13. §. 1. D. Commodati vel contra, etiam Ulpianus l. 10. §. 8. & §. 3. D. Mandati vel contra, & Paulus l. 67. §. 1. D. Pro socio. 165

IX. Seneca sententia contra fœnus examinata & discussa. 167

X. Legem Mosaicam de non exercendo fœnore definire jus non Gentium, sed Civile populi Hebraici posita est. ea lege fœnus inter Hebraeos quidem, sed non inter Hebraeos & peregrinos, prohiberi: ac similem Romæ observationem fuisse inter cives Romanos, itemque inter hos & socios Latinos. cur fœnus inter Hebraeos lege Moisaica prohibeatur; inter Hebraeos & peregrinos non prohibeatur, ab Ambrosio diligenter disputari; sed non probabiliter. veram rationem petendam a fine & utilitate rei publicæ Hebraicæ cui lex data est. eam rem publicam fuisse novam, & in artibus rebus positam; nec ad negotiationem respexisse, sed præsertim ad bellum & rem rusticam; nec debuisse domi fœnoris aut lucri studio dividi, & foris jure Gentium indignuisse in deserto & sterili loco. Peregrinorum appellatione Moysen non damnatas Gentes, sed qualescumque, intelligere: nec utique his publicum indixisse odium; etsi illis indixerit. an Deus aliquando Hebraeis permiserit rem turpem ac flagitiosam? non videri: nec Egyptiis ablatione instrumentorum aureorum & argenteorum, vestiumque pretiosarum, furtum jussu Dei esse factum. & cur? insignis Tertulliani locus. quomodo accipiendum sit quod de calceis vestibusque Hebraeorum in deserto non inveteratis aut attritis legitur Deuteronomio c. 29. §. 5. & c. 8. §. 4. similis Justiniani locutio adducta: & Salviani aliorumque sententia castigata. sensus Psalmi 15. & Ezechielis c. 18. rejecta Hieronymi, & Hugonis Grotii, interpretatione. 168

XI. Chri-

XI. Christi verbis apud Lucam c. 6. §. 35. & Matthæum c. 5. §. 42. non prohiberi fœnus sive usuram: sed in his sermonem esse de mutuo, id est, de sorte, eaque gratuita. Peccatores & stulti pro populo. Christum nec mutuum, nec alios juris Gentium contractus, nec judicia, tollere: sed humanitatem, ad quam Mosaica pergebat lex, intendere adversus fori calumnias quibus pessime laxabatur a jurisconsultis Hebrais. similis Seneca & Ciceronis ratio, mos vetus patrum familias, cum morosorum, tum benignorum, in credendis pecuniis, ex Plutarcho, Ulpiano, Chrysostomo, Seneca, ad hunc morem respicere illud Domini, Mutuum date nihil inde sperantes. Dominum non loqui proprie,

sed uti hyperbole: quamquam non, ut quod in re extremum sit, assequatur; sed quod intra modum consistat. eum in præcipiendo esse sapientum morem, ostensum insigni Seneca loco. eam hyperbolem non vidisse Augustinum. Dominum fœnus inter Judeos & Gentiles non sustulisse: nec inter eos qui salutarem ejus disciplinam amplectuntur: modo, si civili ipsorum lege non prohibeatur fœnus. Ambrosii error. non peccasse Imperatorem Justinianum; cum in Pandectis & Codice servavit Titulum de usuris: neque eum ejus rei poenituisse. 172

XII. Mores rigorem Juris Canonici circa usuras inflexisse ad æquitatem Juris Gentium, non omnino improbantibus ejus Juris Interpretibus. 175

LIBRI SECUNDI.

CAP. I. Veterem solvendarum usurarum rationem plerumque mensuram fuisse, interdum annuam, non esse verum quod de dilatione a Kalendis ad Idus dari solita, doctissimi dixerunt homines: nec id Horatium aut Ciceronem velle. vetus Inscriptio emendata, deque ejus intellectu qualis qualis conjectura. 178

II. De nominibus usurarum, quid sit centesima usura, & unde dicta. eam alias appellari usuram assem. & cur? ingeniosa & probabilis Salmasii opinio de quodam Plinii loco, assis usurae partes esse minores usuras. quanta fuerit centesima Justiniani tempore etiam post eum. 180

III. Ante Justinianum fuisse certum usurarum modum; eumque ex partium conventionem potuisse ad centesimam ascendere. centesima in stipulationem deducta, iudici non fuisse jus, eam regere pro more regionis. usura modum non potuisse egredi centesimam. usuram centesimam dici maximam & legitimam. quæ modica, civiles, modesta, minima, usura. Capitolinus explicitus, & Papinianus l. 1. §. pen. D. de pignoribus & hypothecis. 181

IV. De vario usurarum fato in republica Romana, & quo jure definitus sit earum modus. 183

V. De modo usurarum quæ in bona fidei judiciis officio iudicis præstantur sine conventionem. eum modum ex æquo & bono finire ac plerumque regi more regionis, ubi contractum est: interdum hunc excedere, atque etiam centesimam attingere: & in quibus causis. Ulpianus l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra correctus, improbata Jacobi Cujacii disputatione. l. 17. C. de locato & conducto explicita, an emendata. 184

VI. Cur modus usurarum quæ in bona fidei judiciis & quibusdam aliis officio iudicis debentur, non sit infinitus; cum ad id quod interest referantur, & in corporum æstimatione, etiam in pecunia certo loco promissa, aliter observetur. nodus in ratione juris satis difficilis solutus. 186

VII. In quibus casibus licuerit creditori egredi legitimum usurarum modum. ac primum de nautico fœnore. hoc infinitum fuisse: & cur? Papinianus emendatus & expositus l. 4. pr. & §. 1. D. de nautico fœnore. sensus & lectio l. 5. D. de nautico fœnore. 188

VIII. De usuris specierum creditarum: & quæ Justiniano species dicantur l. 26. §. C. de usuris. De usuris rei judicata. notabilis veteris Marmoris Inscriptio. 190

IX. A legitimo usurarum modo excipi a doctissimis Interpretibus, atque in his a Jacobo Cujacio, antichresin, non tacitam, sed manifestam, differentiam quam Cujacius facit inter antichresin & usuras, si rem spectes, nullam esse. macula disjuncta l. 11. C. de usuris. etiam in modo ab usuris non distinguere antichresin, siue tacitam, siue manifestam. modo si certum sit, eam egredi usurarum finem. an & quæ sit tacita antichresis. complura, eaque intricata, juris civilis loca expedita: in quibus l. 11. §. 1. D. de pignoribus, l. 17. C. de usuris, l. 1. §. 3. D. de pignoribus, l. 14. C. de usuris, l. 8. D. In quibus causis pignus tacite contrahitur. 192

X. De usuris Senatorum, fisci, ac civitatum. 193

XI. Usuras usurarum, siue anatocismum, sed anniversarium, Edicto tralatitio a Veteribus, etiam a Cicerone, observatum fuisse: sed deinde Senatusconsulto, & Constitutionibus, prohibitum. & cur? quenam visa sint usurae usurarum, callida Veterum interpretatio, ab Ambrosio & Justiniano castigata. non esse anatocismum, siue usuras usurarum, si mutetur creditoris persona: & quando id fallat, quid, si quis stipulatus sit minores usuras, & his sua die non solutis, legitimas? anatocismum iudicato fieri potuisse ante Imp. Justinianum: & quomodo? etiam eum anatocismum ab eo Imperatore sublatum esse. 195

XII. De usuris perceptorum fructuum vel ex singulari re, vel ex hereditate, ante vel post litem contestatam. 197

XIII. De vario atque incredibili usurarum abusu, cum manifesto, tum tecto, qui olim fuit: & adducta notabilia utriusque exempla: itemque remedia adversus abusum. Nomina cetera apud Horatium, incerta in Senatusconsulto Macedoniano apud Ulpianum l. 1. D. de Senatusconsulto Macedoniano. certus homo apud Ciceronem. Sensus l. 8. C. Si certum petatur, l. 16. C. de usuris, & quorumdam aliorum Juris Civilis capitulum. 198

XIV. De nova usurarum definitione a Justi. facta. l. 26 §. 1. C. de usuris diligenter & plene explicata. 201

LIBRI TERTII.

CAP. I. Causas usurarum duas videri, vel in obligatione, vel in officio iudicis. In obligatione esse quæ ex testamento debentur, aut ex conventionem. Usuras in stricti juris contractibus non ex pacto, sed ex stipulatione, deberi. Quid, si usura ex consensu præstita Noodt Operum Tomus I.

sint longotempore? complurium, & satis difficilium, locorum diligens & accurata interpretatio. 204

II. Usuras in stricti juris contractibus aliquando ex nudo pacto deberi: & quando? Scavola restitutus l. 7. D. de nautico fœnore. difficultas sublata ex l.

- II. §. 2. D. de usuris, quam frustra tollere tenta-
vit Salmasius. 206
- III. Usuris in stipulationem deductis sine certo modo,
civili jure nullas deberi: nisi argentariis quibus no-
va Justiniani Constitutione beſſes eo in casu deben-
tur. species & sensus Ulpiani l. 34. D. de regulis
juris. Modestinus expeditus l. 41. §. 2. D. de u-
suris, & Ulpianus l. 31. D. eod. tit. 207
- IV. Usuras stipulatione promissas, si pecunia sua die
non solvatur, post diem sine interpellatione deberi.
& quid, si debitori nil imputari possit? item utrum
usura stipulatione promissa, tantum ex mora, an et-
iam ante, debeantur. Paulo lux accensa in l. 40.
D. de rebus creditis, & l. 17. D. de usuris. 208
- V. Usuras in bona fidei judiciis deberi ex pacto, con-
tractui in continenti adjecto, etiam ante moram. 210
- VI. Usuras in bona fidei judiciis officio judicis deberi
ex mora. an vi & amplitudine formula ex bona
fide? censere Franciscum Connanum, V. CL. nec
quemquam hactenus intercedere: sed falli. usuras
libera republica in bona fidei judiciis ex mora sola
non fuisse debitas, ea mutata, primum Labeonem
aliquid esse molitum, maxime in societate, atque in
ipsa sub colore ejus quod interest. deinde Principes
usuras palam indulgisse in omnibus bona fidei judi-
ciis. Pomponius illustratus l. 60. D. Pro socio, &
l. 121. D. de verborum significatione, etiam Pau-
lus l. 7. D. de negotiis gestis, & Marcianus l. 32.
§. 2. D. de usuris. auctorem hujus Constitutionis
obscurum esse: sed Divum Pium videri. egregius
Polybii locus in Excerptis explicitus: qui Salma-
sum pessime habuit. 211
- VII. Legata & fideicommissa, quoad usuras, compa-
rari bona fidei judiciis: & quid in legatis damna-
tionis? locus quidam Gaji insignis, sed durus, qui
est lib. 2. Inst. tit. 7. in fin. interpretatione mitiga-
tus, & cum ceteris jurisconsultis conciliatus. et-
iam pollicitationes, reipublice factas, ex mora usu-
ras recepisse: & quando? 213
- VIII. Fiscum ex suis contractibus, nisi in privati lo-
cum succedat, ex mora usuras non debere: sed ac-
cipere. An idem in republica servatur? non vide-
ri. 215
- IX. An usura in bona judiciis ante moram debean-
tur judicis officio? Quid mora sit? eam non ex re,
sed ex persona, committi. & quid hoc? Optimam
esse rationem, cur mora, si pura sit obligatio, magis
ex persona, quam ex re, fiat. Quid, si in diem con-
cepta sit non solutio, sed obligatio? Utrum una in-
terpellatio sufficiat ad moram, an plures desideren-
tur? Ut mora ex persona fiat, exigi justam interpel-
lationem, & qua sine causa negligatur. ibid.
- X. Interdum ex re nasci moram, & quibus in causis.
Moram ex re non esse veram moram: & ideo saepe
negari moram. 218
- XI. Usque ad quem diem usura in bona fidei judiciis
debeantur officio judicis? sensus l. 1. §. 2. D. de u-
suris, & quorundam aliorum capitum. 220
- XII. Usuras in stricti juris judiciis officio judicis non
deberi, ne a tempore quidem litis contestata 221
- XIII. In arbitriis judiciis usuras officio judicis
numquam deberi quasi usuras, sed quasi id quod in-
terest aliquando deberi. & cur? Ulpianus l. 29. §.
2. D. de Edictio Edicto explicitus. 222
- XIV. Usuras tolli, sorte ipso jure sublata, ut solutio-
ne: sed futuras, non preteritas: maxime, si con-
ventionem debeantur. Quid, si veniant officio judi-
cis? Usuras etiam ceteris tolli modis quibus obli-
gatio ipso jure exstinguitur: ut compensatione &
novatione. ibid.
- XV. De oblatione, obſignatione, & depositione sortis
& usurarum, cum in mora est creditor: deque ejus
rei effectu. & quid, si debitor recipiat pecuniam ob-
latam, obſignatam, & depositam? an & quando, fa-
cta oblatione, nec sequuta obſignatione ac depositio-
ne, principalis tollatur obligatio, & utrum ipso jure
an ope exceptionis? Sabinianorum & Proculiano-
rum dissensio Marcellus l. 72. D. de solutionibus
liberatus malo quo hactenus laboravit. quid in u-
suris ex mora debitis, siue ex stipulatu, siue officio
judicis? Jacobus Cujacius & Antonius Faber re-
futati. simul composita insignis & molesta lis qua
huc usque diremit concordiam Papiniani l. 1. §. 3.
D. de usuris, Marcelli & Ulpiani l. 28. §. 1. D. de
administratione tutorum, demonstrato vario tem-
porum usu quibus illi florere, in d. l. 28. §. 1. non
apparere Triboniani manum aut culpam: etsi su-
spicatus sit Antonius Faber. nec felicior esse ejus
conjecturam de Paulo l. 73. D. de procuratoribus.
extricatur locus Scaevola impeditissimus qui est in
l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus. anti-
chresin ex sententia clarissimorum hominum sola
tollit oblatione. eam sententiam procul vero esse.
Antoninus l. 11. C. de usuris leviter emendatus &
illustratus. quid in usuris frugum humidarum aut
aridarum? 223
- XVI. Quid, si obligatio tollatur praescriptione tempo-
ris? Quid, si usura pacto convento, siue expresso, siue
tacito, remittantur? 227
- XVII. Usuras tolli, si ad duplum sortis perveniant.
Quomodo accipiendum sit duplum. Usuras, non so-
lutas, sed solvendas, ad dupli computationem pro-
fuisse. Id jus facile delusum fuisse interpretatione
renovationis, & necessariae, & voluntariae. Etiam
pignore creditori dato. Hoc displicuisse Justiniano.
Eum quoque noluisse interesse, utrum usura per in-
tervalla soluta sint, an non sint. An & annuis redi-
tibus? Justinianum negare Novell. 160: ac sub
colore annui redditus ex facto anteriorem mutasse
Constitutionem. 228

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI, ET ANTECESSORIS,
DIOCLETIANUS
ET
MAXIMIANUS,
SIVE
DE TRANSACTIONE ET
PACTIONE CRIMINUM
LIBER SINGULARIS.

Editio prima in Germania post tertiam Lugduno-Bataviensem.

DIOCLETIANUS

MAXIMIANUS

DAVID R. L. L. L. L.

DAVID R. L. L. L. L.

DAVID R. L. L. L. L.



GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
DIOCLETIANUS
ET
MAXIMIANUS,
SIVE
De Transactione & Pacione Criminum.
LIBER SINGULARIS.

CAPUT I.

*Transactionem inter accusatorem & reum factam de omittenda cujus-
cumque criminis, sive capitalis, sive alterius, accusatione, legibus Pan-
dectarum & Codicis neque valere, neque probari. quin crimine cense-
ri: tantumquere o, si in sanguine fiat, ejus veniam dari.*



Ignara res est animadversione om-
nium quibus est studium, Ju-
risprudentia paulo castiore ad
ingenii lumen procedere, quid
sibi velint Imperatores, Dio-
cletianus & Maximianus: cum
in l. 18. C. de transactionibus

Valenti in hæc rescribunt verba.

*Impp. Diocletianus & Maximianus AA. & CC.
Valenti.*

*Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto
adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publi-
cis criminibus, qua sanguinis poenam non ingerunt,
transigere non licet, citra falsi accusationem. S. 3. ca-
lend. Septemb. AA. Coss.*

Non est enim, opinor, quisquam hodie Juriscon-
sultus, maximus, minimus; quin, si incidat in hoc
Diocletiani & Maximiani Caput, sibi aliisque per-
suadeat, dari communi humanitatis affectui, ad sui
conservationem egregie inclinanti, ne prohibeatur
fieri transactio inter accusatorem & reum de ad-
missis ante criminibus, non quidem omnibus, sed
mortis naturalis poenam ingerentibus: & si fiat, ut
inter eos qui tranlegere, (quamquam fuere quo-
que qui longius porrigerent miserationem) opti-
mo jure servetur. Tantum ambigitur, utrum ea
transactio accusatori (nam de reo numquam dubi-
tatum) etiam ante delatum rei nomen factamque
in crimen subscriptionem competat; an demum,
postquam utrumque factum est.

Sed ego Imperatorum, Diocletiani & Maximia-
ni, verba, & quæ præterea pro se quisque attulit,

multum attenteque consideravi; neque tamen po-
tui umquam a meo genio impetrare, uti existima-
rem, transactionem, quandocumque inter accusa-
torem & reum factam de omittenda in causa san-
guinis accusatione, Civili Jure valere; imo semper
credidi, eam, quamvis maxime de capitali crimine,
atque ante, vel post, delatum rei nomen, secutamque
in crimen subscriptionem, intervenerit, non magis
transactionem haberi, quam si facta sit de crimine
non capitali: postremo, tantum abesse, ut umquam
legibus censeatur transactio de qualicumque inter-
posita crimine; ut è contrario his non modo num-
quam approbari, sed neque peccato vacare, intelli-
gatur; ac saltem Principum humanitate assequa-
tur, ut, si eo contingat in crimine quod naturali
morte vindicetur, non perinde in reo, atque in ac-
cusatore, puniatur. Hoc Veteribus sedisse Jure
Pandectarum & Codicis, multis rebus cognovi;
neque mihi occurrit, cur ab his excipi Diocletia-
num & Maximianum oporteret. Proinde sicut
non facile huc devenerim, ut mihi transactio pa-
ctiove, si quando fiat de capitali crimine, vel illo-
rum Imperatorum verbis adjuvari videatur, ita ef-
se pretium operæ existimavi, veteris, sed pulchræ,
nec satis extricatæ, quæstionis, in tanto Doctissimo-
rum hominum dissidio, argumenta quæ habeo, ali-
qua cum cura & diligentia adscribere: simul Stu-
diosius artium principis planam monstrare viam
qua tandem liceat ad veram d. l. 18. C. de transa-
ctionibus, id est, loci toto Jure celeberrimi, senten-
tiam bona fide eva-
dere.

CAPUT II.

Non esse in l. 18. C. de transactionibus Constitutionem Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, sed Subscriptionem, aut Rescriptum, ad cujusdam Valentis Epistolam aut Libellum.

Et quid ea inspectio conferat ad intellectum d. l. 18.

Sed prius quam ad ipsius expositionem loci progrediar, non abs re fuerit, pauca de ejus Inscriptione præfari. Ea Inscriptio in l. 1. C. de transactionibus forma hac est. *Impp. Diocletianus & Maximianus A.A. & C.C. Valenti.* Nisi autem fallor, ostendit, eos Imperatores neque novam, neque generalem, facere Constitutionem: sed saltem respondere Libello aut Epistolæ cujusdam Valentis, hominis privati, a quo de jure, etsi alioquin certo, erant consulti. nam hoc sequentia suadent Rescripti verba, *Prohibitum non est, & Non licet*: quæ non novi, sed certi & pervulgati, juris indicium præbent. Nec opus est, ut addam, solitos fuisse Veteres, non Magistratus modo, sed privatos quoque, cum de jure aut incerto, aut etiam certo dubitarent, Principem per Libellum aut Epistolam adire: eumque invicem consuevisse consulentibus vel Subscriptione, vel Epistola, respondere. id enim ex Ulpiano l. 1. §. 1. D. de Constitutionibus Principum infinitisque Codicis & Pandectarum locis cognoscitur. Potius monebo, quod ad nostri intellectum Capitis pertinet, ea Rescripta, sive Subscriptiones, etsi cum Constitutionibus ab Ulpiano d. l. 1. §. 1. confundantur, tamen ab eo l. 1. §. 19. D. de questionibus, etiam a Diocletiano & Maximiano l. 3. C. Si minor se majorem dixerit, a Constitutionibus separari, atque ita, ut hi Imperatores id quo de agunt, & sacris Constitutionibus & Rescriptorum auctoritate statutum esse perhibeant. Ejus vero causam distinctionis ego hanc esse, semper arbitratus sum, quod Constitutiones plerumque & directo & generaliter jus facerent: (quippe cum hoc animo, ut pro legibus observarentur, a Principibus fierent) Rescripta autem, quamquam similiter auctorem haberent Principem, tamen non hoc fiebant animo, ut pro generali lege cederent: sed fere ad Magistratus, aut etiam ad privati hominis, Consultationem ex facto interponebantur: atque adeo ea quidem in specie in qua a Principe rescribebatur, juris vim obtinebant; sed in cæteris, licet similibus, casibus eam non habebant, nisi per consequentiam auctoritatis Principis: qui fortunæ excellentia supra gratiam & odium positus, in simili causa semper idem rescripturus videbatur. Præter hanc autem Constitutionis & Rescripti differentiam est & alia, ipsa ex superiore profluens. Ea differentia est, quod in Constitutionibus, si quæ subnascatur difficultas, quid vo-

luerit, senseritque Princeps, non modo ex manifestis ejus verbis, sed etiam argumento a contrario, itemque a consequentia, intelligi potest: scilicet, quia in Constitutionibus non fuit Principi negotium ad alterius Consultationem, neque ad unum factum, verba definitionemque dirigere; sed generale jus suo arbitrio, suisque verbis, ad communem utilitatem componere. At in Rescriptis contra est. cum enim minime in his ageret Princeps, ut legem ferret, utve in commune consulere, sed ut ad propositam ei facti speciem responderet: apparet, si quæ Rescripti interpretatio quaereretur, argumenta a contrario, atque a consequentia, sæpe inepte, aliquando etiam periculose, adhiberi: propterea, quod si quid verbis in Rescripto expressum non esset, non utique exclusum esse videretur: quippe, cum facile fieret, ut de eo idcirco Rescriptum non esset, quod de eo in Libello non esset quaesitum, sed & si latissime paterent Rescripti verba, non tamen semper sua amplitudine æstimari, sed plerumque finibus propositæ Consultationi coërceri, oportere.

Id vero cum in hujus Operis progressu aliquam forsan lucem allaturum sit ad intellectum d. l. 18. C. de transactionibus, in ejus limine omitendum non fuit. Liquet enim, id Caput non proprie Constitutionem, sed Subscriptionem, Rescriptumve, esse; denique respicere ad cujusdam Valentis Consultationem de jure tum non ambiguo, sed certo & recepto; ac proinde non ad modum generalis novæ Constitutionis, sed specialis Rescripti, & quod ad Consultoris Libellum, simul ad juris olim vulgati demonstrationem, spectet, & cum utroque ut intelligatur, comparari debeat, explicandum esse. Id tamen cum a Doctissimis hominibus in hujus interpretatione Rescripti parum observatum esset, causam compluribus, & gravibus, dedit erroribus: sed qui, spero, evanescent, si ad Imperatorum, Jurisque veteris, rationem eo quo dixi modo, tum in primis ad Valentis, quoque Consultationem, paulo curiosius examinentur. Dixi de Rescripti Inscriptione. Monet

tempus, ut ad verba
transeam.

* *

CAPUT III.

Verba hæc , Transigere vel pacisci , in l. 18. C. de transactionibus pro iisdem accipi : etsi alias distinguantur. De quibus rebus pactio & transactio jure fiat ? Et quis sit effectus pactiois ac transactionis qua jure valeat ?

Ajunt Imperatores d. l. 18. C. de transactionibus , *Transigere vel pacisci de crimine capitali , excepto adulterio , prohibitum non est : in aliis autem publicis criminibus qua sanguinis pœnam non ingerunt , transigere non licet ; citra falsi accusationem*, Est autem *pacisci* , ut hoc obiter addam , & generis & speciei vocabulum. definitur enim pactum , duorum pluriumve in idem placitum & consensus l. 1. §. 2. D. de pactis : eo vero vel res certa & indubitata liberalitate remittitur ; vel rei dubiæ litisve incertæ pars promittitur , daturve ; ut pars retineatur ; alterum transactio , alterum donatio l. 15. §. 4. D. Locati conducti , l. 3. C. de repudianda vel abstinenda hereditate , vel in specie pactum vocatur. Hoc sensu Ulpianus l. 1. D. de transactionibus , *Qui* , inquit , *transigit* , quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit. *Qui vero paciscitur* : donationis causam certam & indubitatam liberalitate remittit. Significat Ulpianus , pactum quidem in specie sic dici ; cum res certa & indubitata liberalitate , sive (ut Imperatores , Diocletianus & Maximianus , loquuntur l. 25. C. eod. tit.) donationis causa sine aliqua conditione remittitur : transactionem vero appellari ; cum incertum rei litisve finitur (ut Scævola ait l. 14. D. eod. tit.) certa lege ; sive (ut iidem loquuntur Imperatores d. l. 3. C. de repudianda vel abstinenda hereditate , cujus pars est l. 38. C. de transactionibus) aliquo dato , retento , aut promisso. At hæc verborum *Transigere vel pacisci* nota omnibus significatio est.

Non æque claret , quæ eorum in hoc Rescripto vis sit. Sed non erravero , si ea pro iisdem accipero ; totumque adeo Imperatorum sermonem magis ad transactiones , quam ad gratuitas pactiones , referri dixerò. Non longe petam meæ fidem sententiæ : suffecerit posterior Rescripti versus : in quo etsi eadem continetur quæstio quæ in priore tractatur versu ; tantum *transactionis* , non etiam *pactionis* , mentio fit. Ac ne quis hoc , *pacisci* , posteriore in versu ex priore subaudiri postulet , ut

alibi fieri memini ; in ejus honorem addam , quod in posteriore versu reus , (nam de eo , non de accusatore , accipiendum esse Rescriptum , in inferioribus apparebit) si transigit de crimine non capitali , dicitur falsi accusatione teneri. Ea autem accusatio potest circa transactionem cadere , corrupto pecunia adversario : sed in pactione , gratis remissa accusatione ; quem usum habet ? Dabo tamen elegantia quæstionis , ut non modo quid in transactione , sed quid in pactione quoque , de criminibus jus sit , suo loco demonstrem.

Nunc interim sequentia Rescripti verba examinabo. Ajunt Imperatores , *Transigere vel pacisci de crimine capitali prohibitum non esse* : & addunt , *in aliis autem publicis criminibus qua sanguinis pœnam non ingerunt , transigere non licere , citra falsi accusationem*. Verissime procul dubio : sed quo sensu , quoque effectû ; id est , quod quæritur. Pactum enim sive donandi , sive decidendi , causa fiat , quia nil indigitat , nisi duorum pluriumve consensum de juris certi vel ambigui remissione in totum vel pro parte , demum valet ; cum de re privata & familiari sit. cæterum si de re aliena aut publica fiat , non valet : alterum privatæ paciscentium , alterum publicæ omnium , utilitati convenire , & ratio evincit post distincta dominia , & Ulpianus l. 7. §. 14. D. de pactis , ac Paulus l. 27. §. 4. D. eod. tit. attestantur.

Sed nec illud omittendum , quod , cum valere dicitur pactum , Jure nostro nihil aliud significatur , quam pactum , cum pergit ad gratuitam litis certæ & indubitata remissionem , plerumque pacti exceptione , interdum ipso jure , servari ; idemque in transactione esse , etsi certa lege fiat ; modo si stipulatio eam sequuta non sit , neque datio aut factum in ea intervenerit : si vero subjecta ei stipulatio sit , aut in ea quid datum factumve proponatur , actionem ex stipulatu aut præscriptis verbis , competere l. 6. l. 7. §. 4. l. 17. §. 1. D. & l. 21. C. de pactis. l. 6. l. 28. l. 33. C. de transactionibus.

CAPUT IV.

Civiles actiones qua pro delicti privati executione competunt jure ordinario , ante commissum delictum non recipere actoris & rei pactionem : post commissum delictum accipere. Et quomodo ?

Sed quid est ? omne maleficium (paulo enim alius repetenda res est) quod legibus coercetur , bifariam dividitur. nam aut privatum delictum , aut publicum crimen , appellatur. privati autem delicti conditio , sive jure & ordine agatur , ea est quam Cicero suo tempore obtinuisse indicat , *Divinat. in Verrem. cap. 5. Civibus* , inquiens , *cum sunt erepta pecunia , civili fere actione & privato jure repetuntur*. Sed utilitas vindicandæ disciplinæ deinde actioni civili & ordinariæ extraordinariam criminis animadversionem adjecit. Inde cœpit ex privato

delicto cum civiliter apud Prætores jure ordinario , tum criminaliter apud Præfectum Urbis extra ordinem , agi l. ult. D. de privatis delictis. l. ult. D. de furtis. alteri enim mixtum imperium l. 1. §. ult. l. 2. D. de suspectis tutoribus , alteri merum , competit l. 1. pr. & §. 4. D. de officio Præfecti Urbis. Porro , ubi civiliter agitur , is qui petit , non de publica omnium , sed de privata , utilitate experitur , denique sibi , non reipublicæ , perit. Auctor Paulus l. 9. §. 5. D. de publicanis. etiam Cicero , *Divinat. in Verrem d. loc.* Proinde , si de civili , & pe-

& pecuniaria actione quæ ex delicto ei competat, sive donandi, sive decidendi, causa paciscatur, jure pacisci intelligitur: quia non de re publica, sed de sua, paciscitur. quod omnibus ad quos res pertinet, licere, & dominio, & liberrati, consequens est.

Nec me confundit, quod qui de actione ex delicto, licet civili, paciscitur, adversus legem quæ ea actio proponitur, pacisci videtur; & quod Prætor l. 7. §. 7. *D. de pactis* promittens, servare pacta conventa, negat, se servaturum ea quæ sint adversus leges facta. Nam ita est, si Prætoris verba, non si ejus sententiam, teneamus. placuit certe Veteribus, perinde accipere Prætores, ac si improbet demum pacta quæ sic legibus adversantur, ut simul publicæ utilitati officiant: verum ea quæ legibus quidem contraria sint, sed tantum privatum paciscentium commodum antingant, non improbet *d. l. 7. §. 14.* idque convenienter menti legum; quibus jurisdictione sua atque imperio servit Prætor. student enim leges societati humani juris: nec minus communi omnium libertati. ita fere cavent, ne alterius causæ alterius pactione noceatur. cæterum sinunt, suo jure, suisque beneficiis, uti omnes qui velint; neminem cogunt, eis uti qui nolit. Eam legum viam, si cui quæstioni sit, commode observat Quintilianus, *Declam. 7.* simul exemplis illustrat, *Omnium*, inquit, *beneficiorum ista natura est, ut non sit necessitas, sed potestas. quidquid in honorem alicujus inventum est, desinet privilegium vocari posse, si cogas: cuncta, si videtur, jura percurrere, nusquam adeo pro nobis sollicita lex, ut quod præstat extorqueat. Dedit cæcotalionis actionem, non manus recusantis impellit. Injuriarum, cædis, agere permisit, sed non cogit invitos. Adeo pene levius est, ultionem perire, quam potestatem. Genus servitutis est coacta libertas, & eadem iniquitas, quidquid de invito facias.* Sic Quintilianus, optime probans pactum, Ne agatur injuriæ aut cædis jam admixtæ. Atqui infringit vim legis Duodecim Tabularum, aut Aquiliæ, quibus proposita est injuriarum aut cædis actio. Sed factum est de privato actoris jure: nec igitur invita hac aut illa lege. neutra enim jubet, eum cui actionem dat, civiliter agere; sed, si velit agere, ei permittit agere; si nolit agere, eum non cogit agere. imo, si Festum audimus, verbo *Talionis*, Lex sic dixit, *Si membrum rupserit, ni cum eo pacit, talio esto.* Idem de furto dici potest *l. 54. §. ult. l. 56. §. 4. D. de furtis*: nam de hoc quoque Lex pacisci permittit, Ulpiano teste *d. l. 7. §. 14. D. de pactis*. Nempe, quia sufficit, Legum pœnastimeri, nondum admissio delicto, ne fiat quo civilis conjunctio interpelleretur. At hoc facto, quid interest reipublicæ, furti, injuriarum, cædisve, agi ex Duodecim Tabulis, aut ex lege Aquilia, si quis nolit agere? non enim quod factum est, vel sic infectum fieri potest, præterea qui furti, cædis, aut injuriarum, agi, sibi, non reipublicæ, petit. magis interest reipublicæ, eum cui competat civilis ex delicto actio, ab ea desistere; sive precibus sibi satisfieri patiatur, sive pretio: quia utroque pacto tantum a suo jure decedit; & peræque procurat vim humanæ societatis quam Lex attendit proposita civili actione. Id vero cum ad probabile accedat: quid æquius est, aut legibus convenientius, quam & pactionem & transactionem, etsi adversus leges factam de tollenda privata & civili ex delicto actione, reo quidem vel ipso jure, vel ope exceptionis servari; actori vero, si stipulatio, aut datio, factum-

ve, intervenerit, ex stipulatu, aut præscriptis verbis actione? Sed de jure pacti, Ne ex privato delicto civili actione & privato jure agatur, quatenus ad actorem & reum attinet, vel minis.

Reliquum est, ut ad Rempublicam veniamus. nam velejus aliqua esse hic inspectio possit: etsi non, ut infirmet pactionem; sed ut paciscentis improbitatem, si quæ sit, existimationis imminutione compescat. Igitur nec semper, cum de delicto pactum sit, ea obrinet pœna. Nam si conveniat, *Ne lege Aquilia agatur*; nulla Reipublicæ indignatio est. si enim ad actorem spectamus: quam meretur infamiam, qui non de alieno, sed de suo, jure tollendo pactus est non malo more? sud nec reus infamia notatur; si precibus impetraverit, *Ne ea lege agatur*. Verum finge, hoc pactum esse pecunia data. an infamis erit? forsitan dices: quia confessus videtur. at ne damnatus quidem Lege Aquilia infamis est: quia non utique ob dolum malum & lædendi propositum ea Lege damnatur; sed ob damnum injuria datum: id est, etiam ob culpam, vel levissimam *l. 5. §. 1. & l. 44. D. Ad legem Aquiliam*. Igitur si pactus sit, quamvis pretio, Ne Lege Aquilia agatur: quemadmodum infamis erit? ut enim maxime confiteri intelligatur, se damnum injuria dedisse: non tamen ideo se id dolo malo dedisse, confiteri existimatur. Ita in Lege Aquilia. De actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo ac fraude, videamus. Et si de his gratis pactum conventum est; adhuc suasit humanitas, aliquem veniæ locum relinqui *l. 6. §. 3. D. de his qui notantur infamia*. Sed quid, si transactum sit? nulla quidem actor infamia punitur: quæ enim fuerit causa notandi eum qui non peccavit; & ubi pecuniam ex transactione accepit, saltem a suo jure, nec malo exemplo, recessit? At reus Edicto Prætoris non evitat infamiæ notam *l. 1. & l. 6. §. 3. D. de his qui notantur infamia*: non, quod eo pacto non liberetur ab actione: (quid ni enim actori liceat vel parte contentum esse?) sed quod pecuniam dans, *Ne furti conveniatur*, furtum confiteri videtur *l. 5. D. eod. tit.* non enim creditur, fuisse daturus pecuniam, nisi urgeretur conscientia commissi criminis *l. 18. C. eod. tit.* Igitur vix est, ut non habeatur improbus qui actorem in famoso corrumpebat judicio, rebus confiteretur, se scientem volentemque furto, aut injuria, aut similiter, humanam læsisse societatem; etsi ab actore qui suo renuntiavit juri, amplius conveniri privata actione nequeat. Et tamen, si auctore Prætores tranlegit, nondum infamem esse, Ulpianus observat *d. l. 6. §. 3. D. eod. tit.* Atqui & tum pactus est data pecunia. Verum, quia non ultro pactus est; sed quod oporteret eum Prætoris imperium sequi, a delicti confessione parendi necessitate excusatur *l. 167. §. 1. l. 199. D. de regulis juris*. Sic si post commissum delictum fiat pactum, Ne agatur aut furti, aut cædis, aut injuriarum, aut similiter.

At si ante fiat pactum, non valet: quia jam turpem habet causam: quippe sit non modo adversus legem quæ vetat, furtum aut rapinam, aut cædem, aut injuriam, fieri; sed etiam adversus rem publicam. tollit enim pœnæ metum; cum expediat reipublicæ, legum pœnas timeri *l. 27. §.*

D. de pactis. Hactenus de privatis delictis; cum ex his civili & privato jure agitur.

CAPUT V.

Criminum persecutionem non ad privatam, sed ad publicam, utilitatem spectare; nec accusatoris & rei pactionem transactionemve admittere: ac, si transactum inter eos sit, non transactionem, sed corruptionem videri. Eam transactionem haberi turpem: nec palam, sed clanculum fieri solitam.

Sequitur, ut de criminibus disputemus. Ea crimina dupliciter dividuntur: aut enim publica sunt aut privata. quamquam Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. 18. C. de transactionibus* non privata, sed publica, attingunt: nec tamen aliam ob causam, quam quia tantum de his, non etiam de illis, consulti a Valente fuerant. Sed hoc in inferioribus ostendam. interim de utrisque videbimus.

Primum quod ad publica crimina attinet, sic censeo, pactum, sive ad donationem spectet, sive ad transactionem, quandocumque de his fiat, adversus leges, atque adversus publicam utilitatem, fieri. Prohibentur enim publica crimina legibus publicorum iudiciorum: ac, si admittantur, adversus populum, vel, ut Arcadius & Honorius loquuntur, in omnium injuriam, admitti intelliguntur *l. 4. §. 1. C. de Hereticis & Manichæis*. Inde (ut Justinianus ait *§. 1. Inst. de publicis judiciis*) executio (sive accusatio: exequi enim Veteres pro accusare dixerunt, auctore Lipsio, ad Senecam, *De constantia sapientis c. 10. n. 93.*) est uniuscujusque de populo. Id vero quid efficit; nisi, ut legibus nulli jus sit, de publico crimine pacisci vel transigere: quia legibus nulli licet de re publica pacisci vel transigere *l. 7. §. 7. & 14. item l. 27. §. 4. D. de pactis*. Atque huc Tertullianus respicit, *De fuga in persecutione c. 12.* cum, Miles, inquit, me vel delator, vel inimicus concutit, nihil Cesari exigens, imo contra faciens, cum Christianum legibus humanis rem, mercede dimittit. Sic in publicis criminibus.

Quid in privatis? idem vel simile: modo de his criminaliter agatur. nam etsi ea nec sic publica fiant crimina *l. ult. D. de furtis*: non tamen jam privata veritur utilitas; (quod in civili & ordinario iudicio fieri, superiore ostendi capite) sed hoc agitur, (quod Paulus observat *l. 9. §. 5. D. de publicanis*) uti publicæ vigor disciplinæ extra ordinem vindicetur. Quod cum ad exemplum spectet, id est, ad publicam utilitatem: (uti optime ostendit Tryphoninus *l. 31. D. Depositi*, & præter hunc Donatus, ad Terentium, *Eunucho*, *s. 5. vers. 4.* cum sic scribit, *Graves poena quæ possunt ceteris documento esse, exempla dicuntur*) apparet, pactum, qualecumque fiat de privatis delictis, cum ex his criminaliter agitur, numquam valere: quia legibus nulli conceditur de publica utilitate pacisci.

Nec tamen id eo pertinet, ut quis nolens accusare, magis accusare, quam agere, cogatur. Non enim ita est; & clare Imp. Diocletianus, *Invitus*, inquit, *agere vel accusare nemo cogatur l. unic. C. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur*. Sed huc spectat, ut pactum, si quod fiat, *Nec crimen accusetur*, nullius momenti esse intelligatur: scilicet, quia pacti de aliena re facti ab eo cui non est paciscendi facultas, non est probabilis causa. potius turpis dicenda est: præsertim, si fiat, pecunia data, aut promissa, aut retenta; quippe, cum jam manifesta corruptio sit.

Eique rei etiam hoc indicio esse potest, quod qui de criminibus transigerent, ejusmodi pacta non palam, ut hæc quæ honesta & licita essent, sed clanculum & furtivum in modum, facerent. Donatum audi ad illud Terentii, *Phormione* 4. 3.

Soli sumus nunc hic inquam, ego dic quid velis dari

Tibi in manum, ut herus his desistat litibus.

Sic enim ait, *Datur ei in manum quod separatim accipit sine arbitrio, aut interprete, ut prævaricator aut iudex corruptus*. Donato jungam Tertullianum, *lib. De fuga in persecutione c. 12.* Verba Tertulliani. *Tu autem pro eo pacisceris cum delatore, vel milite, vel furunculo aliquo Præfide sub tunica & sinu quod ajunt furtivo*. Symmachum quoque *lib. 2. Epist. 75.* Verba Symmachi. *Cum in iudicio Præfectura famosa causa penderet; Discolius qui furti detulerat actionem, multosque nostri ordinis viros criminatione perstrinxerat, occulte cum reis inita pactione non sine disceptatoris invidia elusit examen*. Est igitur omnis quidem pacti, sed transactionis in primis, cum de crimine fit, illicita aut turpis causa: sive reum, sive accusatorem, spectes: quia uterque de re publica malo exemplo paciscitur. quippe alter adversario, ne læsam vindicet disciplinam, pecuniam dat in manum, motus conscientia criminis; nec daturus, si ea non moveretur *l. 34. D. de jure fisci*: alter publicam prodit causam quam se ulcisci velle profitetur; & ut prodat, patitur, se pecunia corrumpi. Numquam igitur valet pactio aut transactio de publicis aut privatis criminibus ex quibus criminaliter agitur: quia plerumque turpiter, semper de re publica, fit. Atque hoc nescio an Paulus significet *lib. 1. Sentent. tit. 8. §. ult.* cum, *De criminibus*, inquit, *propter infamiam nemo cum adversario pacisci potest.*

CAPUT VI.

Accusatori nullam ex transactione de crimine esse petitionem : etsi quid a reo stipulatus sit. Imperatores, Diocletianus & Maximianus, expositi l. 9. C. de contrahenda stipulatione. Etiam Valerianus & Gallienus l. 3. C. Ad Senatusconsultum Turpilianum.

NEquē id Paulus tantum testatur ; sed Diocletianus quoque & Maximianus quorum sententiam investigamus : hoc amplius volunt illi Imperatores, accusatori qui de crimine transigit, nullam ex transactione esse petitionem ; ne si obmittendam quidē accusationem quid a reo stipulatus sit. Verba Diocletiani & Maximiani, si quis inspicere velit, apposui ex l. 9. C. de contrahenda stipulatione, ea verba sunt.

Si quidem Zenoni stipulanti mortis vel cruciatus corporis terribilius timore spondidisti : adversus experientem exceptione proposita defendi potes. Sin vero nihil tale probetur : accusationis instituta vel futura prætectu, non ob turpem, sed probabilem causam habita stipulatione, promissio non infirmatur. Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de huiusmodi causis pacisci nō liceat, petitio denegatur. Facta in hac lege transactio inter Zenonem & Capitonem de delicto ex quo poterat civiliter & criminaliter agi ; quod multis in casibus contingere, docet nos l. unic. C. Quando civilis actio criminali præjudicet. Cum vero de iure ejus pactiois dubitaretur, consulti a Capitone Imperatores, ei sic rescripserunt : si tibi, Capito, metu mortis vel cruciatus corporis extorta a Zenone sit promissio ; es quidem subtili jure obligatus ; sed adversus bonos mores. potes igitur te, si conveniaris, defendere proposita exceptione, Quod metus causa, quod si id non sit ; sed te probabilem ob causam obligasti, cum transigeres de civili & pecuniaria ex delicto actione ; recte teneris ; nec poteris te, si conveniaris, ea exceptione tueri ; etsi velis uti prætectu accusationis institutæ vel futuræ quam metueris : quia non ob causam eam turpem atque improbabilem habita stipulatio est ; sed ne civili & pecuniaria a-

ctione conveniteris : quod nullo jure improbat. Quid, si pecuniam stipulanti promiseris, ne adversus te criminis accusationem instituat ? jam denegabitur ei ex stipulatu actio : quia de huiusmodi causis, qualescumque sint, pacisci non licet ; cum non sit probabilis, sed turpis & illicita, pacti causa. Non igitur valet transactio de omittenda criminis publici aut privati accusatione ; neque ex ea quid, etsi sequuta stipulatione, exigere potest, ac verissime Ulpianus l. 7. §. 16. D. de pactis, Generaliter, inquit, quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet : nec legari : nec iurjurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum, Marcellus libro secundo Digestorum scribit : & si stipulatio sit interposita de his pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.

Nec est, quod metum, ne pergentem hoc itinere detineant Imperatores, Valerianus & Gallienus, l. 3. C. Ad Senatusconsultum Turpilianum ; cum ajunt.

Quamvis eum ordinem scriptura contineat, ut primo abolitio criminis posceretur, & tunc dehinc omnibus placitis obtemperaretur, non observantibus tamen adversarius pactorum fidem, instaurare actionem minime potes, a qua ipse destitisti.

Facile enim molestiam quæ primo apparet ad spectu discutit Rescripti species : ea species est. Ego accusavi aliquos. hi mox pacti mecum sunt, ut ego peterem abolitionem ; & ipsi deinde aliqua mihi præstarent. ego impetrata abolitione destiti a crimine. illi non servant pacti fidem. Non hæc quæstio est, an possim exigere quod rei promiseris ; (nam de ea actum est silentium) sed an possim redire ad accusationem a qua destiti. Hoc vero negant Imperatores : rectissime. nam & Papinianus l. 4. §. 1. D. eod. tit. Post abolitionem, inquit, idem crimen ab eodem in eundem instaurari nequit.

CAPUT VII.

Accusatorem & reum puniri ideo quod de omittenda criminis accusatione transegerint.

AT non tantum nulla est pactio, transactioque ; cum de omittenda accusatione sit : sed & coercendi accusatoris ac rei causam habet. Adeo tantum abest, ut jure ac legibus juvetur ; ut e contrario prope peccatum consistere ; nec a pœna vacua esse intelligatur. Auctor Tacitus lib. 14. Annal. c. 41. *Pari, inquit, ignominia Valerius Boticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætores detulisset, interim specie legum, mox prævaricando ultionem elusurus. Additur Senatusconsultum, Qui talem operam emptitasset, vendidissetve, perinde pœna teneretur, ac si publico judicio condemnatus. Et lib. 6. Annal. c. 30. Accusatores, si facultas incideret, pœnis adscribebantur : ut Servilius Corneliusque perditio Scamro famosi, quia pecuniam a Vario Ligure omittenda*

delationis ceperant, in insulas interdicto igni atque aqua dimoti sunt. Sed & Macer l. 8. D. de accusationibus ait, eos qui nummos acceperint ob non accusandum, accusare prohiberi ob turpem quantum. Et in l. 2. D. de concussionibus Senatusconsultis, inquit, jubentur pœna Legis Corneliæ teneri qui ob non accusandum pecuniam acceperint. Quid ? quod idem Macer d. l. 2. præterea concussionem esse dicit, si ideo quis pecuniam accepit, quod crimen minatus sit. Atque hunc pacti illius exitum etiam Tertullianus indicat, De fuga in persecutione c. 12. sequentibus verbis. Quid enim dicit ille concussor ? Da mihi pecuniam. certe ne enim tradat : siquidem non aliud venditat, quam quod præstatur.

staturus est premio tuo. Ne addam nunc, accusatorem qui ab accusatione citra abolitionem desistat, Senatusconsulto Turpiliano puniri *l. 1. §. 7. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* pœna infamiæ & quinque librarum auri *l. 6. §. 3. D. de Decurionibus, § l. 3. §. ult. D. de prævaricatione*, tum alia extra ordinem pro motu Judicis infligenda *l. 2. C. Ad Senatusconsultum Turpilianum*; utique, si jam detulerit crimen judicii publici *d. l. 6. §. 3. & causa criminis ordinata*, (id est, inscriptionibus depositis, & fidejussore de exercenda lite præstito) eoque qui accusatur, sub custodia Officii facto, non impetrata abolitione ab executione criminis destiterit *l. 1. C. Ad Senatusconsultum Turpilianum*. Id vero si ita est: nil verius est, quam eum qui de instituta criminis accusatione transfegerit, Senatusconsulto Turpiliano coerceri. nam, si Paulo fides *l. 6. D. eod. tit.*) Ab accusatione destitit qui cum adversario suo de compositione ejus criminis quod intendebat, fuerit loquutus. Paulus autem compositionem pro transactione dixit: & de compositione criminis loqui, pro, transigere de crimine, sive accusatione. Proinde apparet, eum qui transfegerit de crimine judicii publici, in Senatusconsulti Turpiliani pœnas incidere. Cæterum (quod commode observat Ulpianus *l. 7. §. 1. D. eod. tit.*) Si stellionatum quis objecerit, vel expilata hereditatis crimen, & destitit: pœnam Senatusconsulti Turpiliani non subibit: sed officio judicis culpa ejus coercetur. Nec fat scio, an huc respiciat hoc Symmachi *lib. 2. Epist. 75.* Cum in judicio Præfectura famosa causa penderet; Discolius qui furti detulerat actionem, multosque nostri Ordinis viros criminatione perstrinxerat, occulte cum reis inita pactione, non sine disceptatoris invidia elusit examen. Adhujus investigationem missus apparitor, si Prætorianorum adminiculum sortiatur, proclivior facultas retrahendi accusatoris eveniet. Interest publica disci-

plina, simulque ad famam pertinet cognitoris, ut eum summo studio conquisitum reduci in judicium sub custode præcipias, ne innocentiam senatorum obnoxia rumoribus suspicio decoloret. Verum de accusatore res nimis manifesta est.

Nec minus in reo claret ex Taciti loco quem supra attuli ex *lib. 14. Annal. c. 41.* Præterea scribit Ulpianus, *lib. 8. Disputationum*, in eum qui delatorem corruptit in fiscalibus causis, sive in criminibus ex quibus fisci quæstiones nascuntur, constitutam esse hanc pœnam, ut pro victo habeatur *l. 29. D. de jure fisci*. quis autem magis delatorem corruptit, quam qui cum delatore transigit, denique pretio dato cum eo paciscitur, Ne accuset? Atque id adeo exploratum est, ut Ulpianus qui in *d. l. 29.* dixit, *Ejus qui delatorem corruptit, eam conditionem esse, ut pro victo habeatur. nam in fiscalibus causis id constitutum esse*, hoc sic exprimat *l. 4. D. eod. tit. In fisci causis pacti cum delatoribus pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederunt.* Illud tamen observandum, quod Ulpianus *d. l. 29. D. de jure fisci* ait, hanc confessi pœnam adversus ipsum quidem qui delatorem redemit, locum habere; sed non debere adversus ejus heredem transire: & addit, quod non exinde perit causa ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur; verum oportet constare prius, & de crimine pronuntiatum. Superioribus pœnis addam falsi accusationem: nam vel hanc, si de crimine transigatur, æque reo, atque accusatori, imminere, capite penultimo hujus libri apparebit. Sed ostendi, tantum abesse, ut de criminibus jure transigi possit, ut e contrario ea transactio jure prohibeatur; ac, si fiat, improbari, denique in crimen cadere; nec

a pœna libera esse, intelli-

gatur.

* *

CAPUT VIII.

Reo quidem, si cum accusatore transfegerit de crimine quod mortis pœnam contineat, transactionis veniam dari: sed nihilominus nullam esse transactionem. Ulpianus l. ult. D. de prævaricatione, & l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt, expositus. Imperatores quoque, Severus & Antoninus, apud Macrum l. 2. D. eod. tit.

UNa, inquires, ab hac Regula exceptio, *In sanguine*: quam observat Ulpianus *l. ult. D. de prævaricatione*. Nempe is *lib. De Censibus*, ex quo ea lex est, disputabat de crimine fraudati census: (sic vocatur *l. 1. C. de quæstionibus*) cumque occurreret quæstio de jure transactionis, Ne fiat accusatio fraudati census; negabat, videri transactionem pactionemve quæ de crimine fieret, corruptionem esse, existimabat. quin addebat, *In omnibus causis, præterquam in sanguine, qui delatorem corruptit, ex Senatusconsulto pro victo haberi.* Est ergo in criminum transactione hæc insignis exceptio, *Præterquam in sanguine*. Sed quæ ejus vis ac potestas sit, nondum liquet. Nec tamen intercedo, quo minus ita exponatur, *Præterquam in crimine cujus pœna sit mors naturalis.* Illud non æque patiar, etsi omnes suadeant, eam perinde exaudiri; ac si velit, transactionem quæ in sanguine fiat, inter accusatorem & reum valere, quasi legibus approbatam, aut non pro-

hibitam. id enim verum non est; neque Ulpiani verbis congruit. ait is, reum in causa sanguinis, ob transactionem, si quam fecerit, non haberi pro victo; id est, ob eam ex Senatusconsulto non puniri: nihil præterea. Postremo ista mihi suspicio est, pœnam corrupti delatoris apud Ulpianum in *d. l. ult. Senatusconsulto* adscribi; sed exceptionem, *Præterquam in sanguine*, non Senatusconsulto deberi; sed Decreto Principum: quibus deinde visum in Cognitione fuit, Senatusconsulti rigorem in causa sanguinis laxare. Intererit, hæc paucis confirmasse: quia facile evincunt, quod dixi, transactionem de capitali crimine illa exceptione, *Præterquam in sanguine*, apud Ulpianum in *d. l. ult.* non approbari. Cujus autem potius utar testimonio, quam Ulpiani cujus sententia quæstioni est? is vero in *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt*, (quæ est ex *lib. 8. Disputationum*, ex quo est quoque *l. 29. D. de jure fisci*, de qua superiore monui

capite) *In capitalibus*, inquit, *criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corruptit; sed in his demum quæ pœnam mortis continent. nam ignoscendum censuerunt ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.* Sic Ulpianus; tria illa quæ attuli pro expositione *d. l. ult.* clare demonstrans. Primum enim negat, reo nocere, si adversarium corruerit, id est, si cum eo transegerit, sive, si aliquo dato, vel promisso, cum eo pactus sit, *Ne se accuset in capitali crimine*: nec tamen semper atque indistincte; *sed demum, si mortis pœnam*, quam & sanguinem vocat, comprehendat. Hæc prima nostra ad *d. l. 1.* observatio: eaque illud, *in sanguine in d. l. ult. D. de prævaricatione*, item sanguinis pœnam, & capitale crimen in *l. 18. C. de transactionibus*, tantum naturalem indigitari mortem, tam manifeste apparet, ut nil necesse sit, pluribus demonstrare, crimina quæ summo supplicio vindicantur, si quæ in his transactio, seu corruptio, a reo facta dicatur, in *d. l. ult.* a Senatusconsulti severitate excipi.

Dabo tamen honori Imperatorum, Severi & Antonini: ut ex eorum Rescripto quod a Macro adfertur *l. 2. D. de bonis eorum qui ante sententiam*, tollam scrupulum: qui neglectus, forsan male haberet Studiosos Juris. Verba hæc sunt. *Imperatores Severus & Antoninus Julio Juliano. Eos qui a latronibus nominati corruptis accusatoribus diem suum obierint, ut confessos de crimine, non relinquere defensionem heredibus, rationis est.* Ita Florentiæ editur. Sed probo conjecturam V. Cl. Jacobi Cujacii, *lib. 6. Observ. c. 24.* legentis, *rationis non est.* sic enim convenit Severo & Antonino cum Ulpiano *l. 29. D. de jure fisci*, qui sub illis floruit. Thema hoc est. proponuntur latrones capti, & ut sit, interrogati, alios nominasse: qui deinde ab aliis, quibus jus accusandi erat accusati, diem suum obierint, postquam pecuniam accusatoribus dedere; ea lege, ut ab accusatione desisterent. quæsit Julius Julianus, an confessi pœna, quæ reos tenet qui accusatores suos corruerunt, reis mortuis, ad eorum heredes pertingat. Imperatores autem id rationis esse negarunt. nimis secure: nisi putarunt, reos ob transactionem, vel in sanguine factam, confessi pœna teneri; cum præsertim latrocinium de quo interposita ea transactio est, naturali morte vindicetur *l. 28. §. 15. D. de pœnis*. Tantum de loci asperitate. Nunc age, eam molliamus expositione usus legis Corneliæ de sicariis. nam ea latrones puniri ostendi *lib. 4. Probabilium cap. 7.* Nec tamen par erat latronum ratio, utique Severi & Antonini tempore: sed alii altiore, alii secundo, alii infimo, consistebant gradu. porro in altioribus obtinuisse legis Corneliæ pœnam, Marcianus auctor est *l. 3. §. 5. D. Ad legem Corneliæ de sicariis*. eamque pœnam tum fuisse deportationem cum omnium bonorum publicatione: in cæteris mortem placuisse. nam qui secundi erant loci, solitos capite puniri: qui infimi, cruci affigi, vel bestiis obijci. Id probavi pluribus *d. cap. 7.* nec jam dubito, quin facile expediatur difficultas *d. l. 2.* si fingamus, latrones qui in ea diem suum, corruptis accu-

satoribus, obiere, altiores fuisse. Non enim hi aliter, quam deportatione, & omnium bonorum amissione, coërcebantur. ob hujus autem metum pœnæ non dabatur reis venia transactionis *d. l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam*. igitur poterat a Julio Juliano quæri; utrum latrocinii accusati primi ordinis latrones, cum suos corruerunt accusatores, tantum ipsi confessi pœna tenerentur, an ea pœna, iis mortuis, quoque adversus eorum heredes transfiret. Istæ res est. Si quidem in Severi & Antonini verbis fieret honestiorum mentio latronum: at nunquam facta. Ita est; sed nec opus erat fieri: quippe cum rescriberent Imperatores ad Libellum Julii Juliani, in eoque proponi latronum conditionem sufficeret. Nunc vero ut in Rescripto nulla appareat, tamen quia nec contraria indicatur, & interim solet factum in Libellis enarrari, & si alicubi quid sit neglectum, reprehensio est, ut in *l. 8. C. de impuberum & alius substitutionibus*, & *l. 3. C. de duobus reis stipulandi*; quid impedit, quominus, quod Rescripto deest, ex recepto jure cōjiciam: exemplo Ulpiani, qui in *l. 23. §. 2. D. de conditione indebiti* similem tenuit viam ad eorundem Imperatorum intellectum.

Sed revertamur ad *d. l. 1. D. de bonis eorum, qui ante sententiam*. in ea lege negat Ulpianus, reo nocere, si adversarium corruerit in criminibus mortis naturalis pœnam continentibus; eaque negatione primum; quam feci, observationem ad *l. ult. D. de prævaricatione* confirmat. Idem deam de secunda. non enim ait Ulpianus in *d. l. 1.* reo vel in sanguine concedi transigendi facultatem; utique, ut transactio legibus fieri, atque his effectum habere intelligatur. minime. saltem ait, reo, si transegerit, ignosci, ne ei noceat, quod adversarium corruptit. Significat igitur, reum, facta, quamvis in sanguine, transactione, peccasse adversus leges quibus transactio de criminibus prohibetur, atque etiam pœnam meritum; sed a pœna excusari; cæterum de transactionis vi atque effectu verbum non addit. proinde quid verius est, quam eam, licet a pœna liberetur, tamen nullius momenti manere? quod similiter his quæ supra monui ex *d. l. ult.* convenit. Postrema nostra observatio Ulpianum sic accepit in *d. l. ult.* quasi is corrupti accusatoris pœnam Senatusconsulto adscribat: exceptionem, præterquam in sanguine, non æque. Verum hanc quoque observationem idem juvat Ulpianus in *d. l. 1.* Non enim exceptionem eam Senatusconsulto imputat, sed Principum Decreto, postea infecuto; ejusque Decreti rationem adfert sane elegantem. Ea ratio est, quod Principes, moti miseratione humani affectus, ad sui conservationem inevitabili necessitate inclinantis, benigne interpretati sunt, pecuniam quæ, ob omitendam in sanguine accusationem, accusatori a reo datur, non criminis conscientia dari; sed ut vitam suam qualicumque ratione redimat a periculo mortis qua nihil homini terribilius sit. Sed de usu juris, exceptionisque circa criminum transactionem pactionemque satis.

* *

CAPUT IX.

*Imperatores, Diocletianus & Maximianus, declarati in
l. 18. C. de transactionibus.*

Tantum superest, ut ostendam, quid significant Impp. Diocletianus & Maximianus l. 18. C. de transactionibus: quia vereri quis possit, ne sit alia eorum, quam nostra, de his sententia: cum sic scribunt, *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Ecce, Diocletianus & Maximianus negant, prohibitum esse, transigere vel pacisci de capitalibus criminibus. quæ igitur invidia est, non pati, valere transactionem quam illi legibus impediri negant? Verum succurramus Juris prudentiæ, expulsa caligine ei perquam molesta. Sic autem censeo, atque idem probavi hujus Operis capite secundo, Imperatores non facere Constitutionem proprie dictam: non etiam mutare quid ex recepto & solemnī jure: sed rescribere ad Libellum Valentis, ipsos pro ejus seculi more de Jure consulentiis. proinde nolim, hoc eorum Caput ad modum Constitutionis novæ aut generalis explicari; sed quasi speciale Rescriptum, atque ex usu juris certi, denique convenienter propositæ Valentis Consultationi, accipi. Multo minus eos exaudiam, quasi velint, competere accusatori & reo transactionem de capitalibus criminibus: ita ut, si fiat, lege non prohibente fieri, & optimo jure sustineri, intelligatur. Cum enim jam liqueat, qualemcumque de criminibus transactionem legum severitate prohiberi; tum factam im-

probari; amplius, pro peccato puniri; ac, si de sanguine fiat, reo saltem Principum lenitate remitti: profecto longe est, ut, quod creditur, esse negotium Diocletiano & Maximiano possit ullo modo. Abit enim a solemnī jure de quo illi se rescribere profitentur. Sed nec Valens is ad quem rescriptum est, quæsit, quæ transactio de criminibus nulla sit, aut valeat: sed quæ eviret falsi accusationem; aut sub ea relinquatur. Itane? senties: si mentem animi ad priorem & posteriorem Rescripti versum, tum ad utriusque connexionem, paulo intentius advertis. Proinde quid cesso, opinari, unum atque optimum esse hujus Rescripti sensum: Scire debes, Valens, quod, postquam Principum Decreto placuit, non nocere reo transactionem, corrupto in capitalibus criminibus adversario, deinde non potest ei prohibita iis in criminibus censerī transactio; utique, ut falsi accusationem metuat: quia, etsi legibus fieri prohibeatur, & facta pro falsi crimine habeatur; tamen reo Principalis humanitate Decreti ignoscitur. Aliter atque in criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt: in quibus non potest reus transigere, quin in falsi accusationem incidat: quia non est visum Principibus, reo in his quæ non continent sanguinis pœnam, transigenti, sive transactionis, sive corruptionis, id est, peccati, veniam dare. Exposui l. 18. C. de transactionibus; simul rationem atque effectum transactionis de capitalibus criminibus.

CAPUT X.

Reum publici criminis ab accusatore cum quo transigit in causa sanguinis, non posse repeti: quamquam non vi transactionis; sed quia accusator qui nummos accepit, ne accuset, amplius accusare prohibetur.

Alius enim exitus non est: nisi quis cum Græco Scholiaste, lib. xi. Basilic. tit. 2. Scholio ad l. 18. C. de transactionibus, lit. B pag. 810, & seq. tom. 1. ne de aliis dicam, hunc, quoque esse effectum putet, ne reus ab eo cum quo transigit in publico crimine, repetatur, resistente pacti exceptione quam in Edicto promittit Prætor l. 7. §. 7. D. de pactis. Sed mihi religio fuerit, eis qui hoc centeant, accedere. Non enim transactio est quæ creditur, sed corruptio: nec legibus firmatur; sed reo, ne ei noceat, Principum lenitate donatur. Non igitur potest transactio quæ legibus adversatur, pacti exceptione adjuvari. An quid verius est, quam quod Prætor in Edicto servat pacta, non omnia; sed ea quæ neque dolo malo, neque adversus leges, aut in fraudem legum, facta fuerint d. l. 7. §. 7. Quid, si nec ratio patitur, Edictum quo Prætor promittit, pacta servare, aliis applicari pactis, quam de quibus cogitavit Prætor? Atqui non potuit cogitare, nisi de pactis quæ sint de privatis & civilibus actionibus: quia hæ solæ ad ejus jurisdictionem atque imperium pertinebant: ac proinde, si de his facta essent pacta, poterat ea Prætor, institutis deinde

apud se actionibus, pacti exceptione servare. Non idem erat; si quod de publico crimine interpositum esset pactum. Quid enim Prætori cum criminibus de quibus nulla ei cognitio erat? An potuit promittere, se servaturum pacta de criminibus quorum accusatio non apud eum, sed olim apud suum Quæsitorem, & deinde apud Præfectum Urbi, instituebatur? Sed certa res est, si quæ de crimine facta esset pactio transactiove inter accusatorem & reum, deque eo rursus agere vellet accusator, Præto rem non potuisse reo adversus accusatorem pacti exceptionem dare; vel quia ratio resistit, ne quis de re publica, id est, aliena, paciscatur; vel quia accusatio non apud Præto rem instituebatur, sed, ut dixi, olim apud suum Quæsitorem, & postea apud Præfectum Urbis. Simili plane collectione qua Ulpianus l. 93. D. de Edictio Edicto, postquam quæsierat, cur ab Edilibus nihil edicatur de locationibus: *Hæc tamen, inquit, ratio redditur: vel quia numquam istorum hæc de re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones fiunt.*

Atqui non potest accusator, postquam semel agere destitit, amplius accusare in publico judicio. Quis negat? sed non ideo hoc fit, quod eum reus pacti exceptione repellit, habet ea res causam longe aliam, nec ab Edicto Prætoris, ejusve exemplo, proficiscentem; sed ab infamia qua eum qui citra veniam abolitionis publici judicii quæstionem defuerit, ex Turpiliano Senatusconsulto notari, exemplo ejus qui calumniæ causa judicio publico damnatus sit, Papinianus observat l. 6. §. 3. D. de Decurionibus. Eam igitur ob causam hæc ei pœna imponitur, ne accuset; perinde quasi indignus ea libertate sit qui Legem prodidit. Id Paulus indigitat, lib. sing. De pœnis omnium Legum, sequentibus verbis, Qui destitit agere, amplius & accusare prohibetur l. 2. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum.

Venulejus quoque Saturninus probat l. 5. D. de prævaricatione, Accusator, inquit, in prævaricatione convictus postea ex lege non accusat. Venulejo accedit Macer l. 8. D. de accusationibus; cum ait, Alios (prohiberi accusare) propter turpem quæstum, ut qui duo judicia adversus duos reos subscripta habent, nummosve ob accusandum, vel non accusandum, acceperint. Atque hoc non tantum in capitalibus criminibus jus est; sed in his quoque quæ non sunt capitalia. utique, ut omittam hæc quæ jam attuli testimonia, de adulterio Ulpianus l. 2. §. 1. D. Ad legem Juliam de adulteriis, Marito (inquit) jure mariti accusanti illa præscriptio objicitur, Si Legem prodidisse dicatur ob hoc, quod aggressus accusationem adulteris destitit.

CAPUT XI.

Reum, postquam cum accusatore transegit in sanguine, ab aliis accusari posse. Sed nec Magistratum prohiberi, inquisitione uti, si velit, nullo existente accusatore

Igitur publici reus criminis, si in sanguine transigat, ab eo cum quo transegit, non vi pactionis, sed in ejus pœnam, liberatur. An & a cæteris? finge, privatos accusare in publico crimine; finge, Magistratus inquisitione uti velle, nullo existente accusatore. Censent egregii Jurisconsulti, cum Latini, tum Græci, Basilic. libi 60. tit. 34. Scholio ad l. 6. C. de his qui accusare non possunt lit. L. pag. 579. Sed metuo, ne errent. non enim transactio est quæ dicitur, sed corruptio; neque adeo juvatur jure; neque delet criminis obligationem. tantum accusatori, quasi indigno, aufert accusationem. Porro quis ferat, alterius peccato & pœna alieno juri, denique publicæ utilitati, præjudicium fieri? Atque hoc ratione intelligitur. Sed nil, vetat, idem quoque auctoritate demonstrari: nec defugiet eam Marcianus l. 5. §. ult. D. Ad legem Juliam de vi publica; ait certe, Qui vacantem mulierem rapuit, vel nuptam, ultimo supplicio puniri; & si pater injuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen posse extraneum sine quinquennii præscriptione reum postulare. Scio, loquitur Marcianus de

gratuito pacto: sed, si in eo id jus est: quanto magis in transactione obtinebit? Quamquam argumentum mitto: quid enim eo opus? clare Tertullianus, De fuga in persecutione c. 14. Esto (inquit) sapientia, non premio, cautus. Neque enim statim & a populo eris tutus, si officia militaria redemeris. Constantinus quoque l. 1. Cod. Theod. de abolitionibus ex qua descripta est l. 2. C. eod. tit. Verba Constantini. Si post strepitum accusationis exorte abolitio postuletur, causa nova miserationis debet inquiri, ut si citra depectionem id fiat, postulata humanitas prabeatur: sin aliquid suspicionis extiterit, quod manifestus reus depectione celebrata, legibus subtrahatur, redempta miserationis vox minime admittatur, sed adversus nocentem reum inquisitione facta pœna competens exeratur. Sed nec illud omitendum, quod idem Constantinus l. 3. C. Pro quibus causis servi pro premio libertatem acceperunt constituit, ut Si quis servus Raptus (virginis) facinus dissimulatione præteritum, aut pactione transmissum, detulerit in publicum; libertate donetur. Non igitur nocet reo transactio in sanguine.

CAPUT XII.

An ut reo, sic accusatori, ignoscitur, si in sanguine transegerit? velle Doctissimos Viros; sed nullo jure: nec referre, utrum facta sit transactio ante, an post, delatum, rei nomen, factamque in crimen subscriptionem Impp. Diocletianus & Maximianus exposuit l. 18. C. de transactionibus.

Quid de accusatore dicemus? nec ei nocere transactionem; si quam capitali fecerit in crimine? Sic placet Doctissimis Viris, iisque facere videntur Diocletianus & Maximianus in l. 18. C. de transactionibus sic generaliter rescribentes, Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. Cum enim non separant Imperatores a reo accusatorem; quæso, quid volunt, nisi transactionem pactionemque de capitali crimine utrique permitti: quia neutrum pro-

hibent, de capitali crimine transigere vel pacisci? Sed vereor, ne sic perperam colligatur. Non enim continetur Diocletiani & Maximiani verbis generalis Constitutio, circa cujus interpretationem argumentum probe fiat a verborum latitudine ad consequentiam juris ea definiti. Magis Rescriptum fuit ad Valentis, id est, ad cujusdam privati hominis, Libellum: ut ex Capitis Inscriptione in antecessum ostendi. Hoc amplius censeo, ne quæsi-
visses quidem Valentem, utrum tantum reo, an etiam accu-

accu-

accusatori, de crimine capitali impune transigere vel pacisci liceret; sed, cum certum esset, tantum reo licere sine pœna transigere, accusatori non licere; saltem quævisse Valentem, an reo æque de publicis criminibus quæ infra mortis pœnam confisterent, ac de his quæ in eam caderent, impune transigere vel pacisci liceret. Atque huic meæ sententiæ quod fortius adferam argumentum, quam ipsius summam Rescripti? in quo Imperatores tantum unam finiunt quæstionem quæ circa criminum genera movebatur; sed alteram quæ poterat ad paciscentium personas pertinere, non attingunt. sic sane ajunt, *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Nulla in hoc Rescripto accusatoris, nulla rei, mentio: nec aliam ob causam; quam quod a Valente non de paciscentium personis fuit quæsitum; sed de genere criminis de quo pactio transactioque fieret sine falsi pœna: oportere enim Rescriptum propositæ respondere quæstioni, quis tam ineptus est, ut non intelligat? Non igitur potest, quod volunt Doctissimi Viri, ex hoc ostendi Rescripto, transactionem de capitalibus criminibus æque accusatori, ac reo, indulgeri: quia id Imperatoribus in eo minime propositum fuit.

Ac si Veterum testimonia quærimus: ejus sententiæ nullum vel apud ipsos vestigium quippe ajunt quidem, a Principibus decretum esse, ne reo noceat; si adversarium in capitali causa corrumpat *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam, juncta l. ult. D. de prævaricatione*: sed de accusatore nihil addunt. Non igitur potest, quod reo Principum humanitate indulgetur, ad accusatorem cui ea humanitas non exhibetur, quali quali interpretatione porrigi. quin verius dixerim, quia reus specialiter excipitur a Regulis Juris, accusatorem qui non excipitur, sub Juris Regulis relinqui.

Nec interest, utrum nondum detulerit rei nomen, neque in crimen subscripserit, an jam utrumque fecerit. Numquam enim accusatori ignoscitur. Saltem, si non instituta adhuc accusatione, non dicam, gratis pactus sit: (id enim tum impune ei fuit) sed si transegerit, hoc est, pecuniam acce-

perit, ne accuset; locus sit Legi Juliæ Repetundarum *l. 6. §. 2. D. de lege Julia repetundarum*, & actioni in factum de calumniatoribus *l. 1. §. 1. D. de calumniatoribus*: etiam pœnæ Concussionis: tum Senatusconsultis quibus pœna Legis Corneliæ teneri jubentur qui ob accusandum, vel non accusandum, pecuniam acceperint *l. 2. D. de concussionibus*. Repones, sat video, id demum jus esse; si accusator, *Ne accuset*, pecuniam in recerta a reo innoxio accipiat dolo malo & vexandi concutiendique animo: non, si aliquo dato aut promisso in re dubia atque ambigua cum reo bona fide deciderat. Verum videamus, ne ea responsio minime deceat seriæ gravitatem disputationis. Quem enim habet sensum? An umquam bona accusatoris fides qui de crimine transigit? An ei jus accipiendi stipulandive pecuniam, ut reo parcat, etsi in re dubia? Cave, putes. interest disciplinæ publicæ, (quod observat Plinius, *Panegiric. c. 36.*) non delatores, sed leges, timeri, ita si sentit accusator quam parat reo delationem, nullo aut ambiguo jure niti: quam habet causam deferendi hominis innocentis? non enim cogitur, si nolit, accusare: nec si velit, per leges debet, nisi manifesto crimine, facere *l. 7. de accusationibus. l. ult. C. de probationibus*. Mitto, quod rei delatione non agit, ut privato jure quod sua intersit persequatur; sed ut publico nomine læsam vindicet disciplinam, igitur si fore putet, ut adversus reum aut nullo aut dubio jure insurgat: non oportet eum, ne accuset, pecuniam ab infonte reo pacisci aut accipere. contra debet sponte omittere, quem non sperat convincere. quod si non faciat, præterquam data aut promissa pecunia: quid causæ habet, quo minus ea dolo malo & calumniandi concutiendique animo ab innoxio reo turpiter pacisci aut accipere intelligatur?

Nocet igitur accusatori ante institutam accusationem non quidem gratuita pactio, sed transactio ei nocet, & gratuita pactio. quippe, cum constet, eum prohiberi, a cœpta accusatione citra abolitionem desistere: ac, si contra faciat, vel ex Senatus-

consulto Turpiliano, vel officio Judicis,

puniri *l. 1. §. 7. & l. 7. §. 1. D.*

Ad Senatusconsultum

Turpilianum.

CAPUT XIII.

Argumenta quibus videtur transactio de capitalibus criminibus accusatori indulgeri, diligenter proposita, & dejecta.

Dices, ira esse, nisi accusator cœptam capitalis criminis accusationem facta transactione omittat. Audio; sed dabis veniam non credenti sine pignore. quærimus enim fidem vetusti moris; non privatæ prærogativæ sententiæ. Ac, si rem recta putamus via, qui potest accusator ob transactionem habere jus ab accusatione desistendi sine abolitione? Primum enim non vertitur in criminis accusatione privata accusatoris & rei causa, ut transactio esse eorum juris atque arbitrii videatur; sed publicæ utilitatis vindictæ quæ privatæ pactionis mediocritatem egreditur. Altera ratio est, quod accusator a Judice cujus cognitio est, non admittitur ad accusationem; nisi ante id crimen subscribat, atque insuper caveat, objecturum se reo crimen, & in eo perduraturum usque ad sententiam *l. 7. pr. & §. 1. D. de accusationibus*. id vero si fecit; nullo potest

colore publicam causam quam apud Judicem recepit publico ulcisci jure, deinde privata pactione sine Judicis auctoritate deferere. Atque id certum est; si ab accusatione gratis desistat: quia errorem suum animadvertit, aut juvenilem sentit calorem, aut rei miseratione movetur. Multo igitur minus poterit desistere, quia transegit: hoc est, quia pecunia corruptus est, non destitutus, nisi corruptus fuisset. At non modo ratio id evincit: sed Veterum quoque auctoritas. Nam ut Marcianus *l. 1. §. 7. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* ait, puniri qui a cœpta accusatione citra abolitionem destiterit: ita Paulo *l. 6. D. eod. tit.* videtur ab accusatione desistere qui cum adversario suo de compositione ejus quod intendebat, fuerit loquutus. *De compositione autem loqui* Paulo quid est, nisi transigere? id enim *componere*, a quo *cōpositio*, designat; ut in illo Suetonii, *Caligula c. 49. Prohibebat*

atque judiciis ubicunque conceptis, quadragesima summa de qualiter ageretur : nec sine pœna , si quis composuisse vel donasse negotium convinceretur. Res certa : siue enim juris rationem spectemus , siue Veterum auctoritatem ; neutra patitur , accusatorem transactione accipere facultatem ab accusatione desistendi sine abolitione. Hoc plus dicamus , eum , si transegerit ; ne abolitionem quidem petere posse. non enim facile impetratur abolitio *l. 14. §. 2. D. de bonis libertorum* : utique de plano , sed demum pro tribunali iusta ex causa *l. 1. §. 8. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* : a qua depectionem , seu transactionem , quasi turpem atque improbam , removeri , certus auctor est Constantinus *l. 2. C. de abolitionibus* , verbis sequentibus. *Abolitio presentibus partibus causa cognita non a Principe , sed a competente iudice , postulari debet : id est , si per errorem , seu temeritatem , seu calorem , ad accusationem profuerit : hoc enim accusator explanans abolitioni locum faciet. Sin autem per depectionem , vel pecuniis a reo corruptus ad postulandam abolitionem venit : redemptæ miserationis vox minime admittatur : sed adversus nocentem reum inquisitione facta , pœna competens ingeratur.* Sic Constantinum restitue. Vulgo editur , *depectionem*. sed legendum , *depectionem* , ex *l. 1. Cod. Theod. de abolitionibus* : ut a Jacobo Gothofredo , *Notis ad eum locum* , & ante a Jacobo Cujacio , *lib. 2. Observ. c. 15.* recte est animadvertum. Addit mox Constantinus , quod *Hi qui suam suorumque injuriam defendunt , & qui cognatos suos in accusationem deducunt : omnimodo abolitionem petere non prohibentur.* Hoc autem omnimodo , ne quis erret , Constantino non est , etsi transegerint vel turpiter depecti sint de quibus sermo est ; quod primo adpectu videtur : sed significat , etiam de plano , non modo pro tribunali causa cognita. Verius enim est , vel hos , si pecunia corrupti , ad petendam abolitionem veniant , eam ne de plano quidem petere posse. Et est similiter a Papiniano traditum *l. 4. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* , mulierem , si , cum suam suorumve injuriam persequitur , non petita abolitione desistat , non teneri Senatusconsulti Turpiliani pœna : idque a Marciano confirmatur *l. 1. §. 10. in fin. D. eod. tit.* Nec tamen hoc aliter obtinet , quam si ultro destiterit mulier , non interveniente turpi depectione. nam si ea cum adversario contra veritum facta , destitisse dicatur , adhuc magis est , ut in Senatusconsultum Turpilianum incidat *l. 5. C. eod. tit.* Sed longior sum , & nimis claret , Veteres , etsi voluerint , impunitam reo esse de capitalibus criminibus transactionem , tamen accusatori impunitam esse , non voluisse.

Non me fugit , esse qui conentur , rem aliquo verborum temperamento expedire : arbitrati , Juris capita quibus puniri dicitur accusator , cum accepta desistit accusatione , ad crimina non capitalia restringi. Atque ea , fateor , tolerabilis esset interpretatio ; si quæ ratio certi juris ad eam duceret , absurditatis ex verborum amplitudine evitandæ gratia. Sed nunc frustra adhibetur , non enim ratini debetur ; sed errori : cui causam præbuit sententia minime vera ; quamquam pro vera eam jactant Doctissimi Interpretes. Sic se res habet. opinantur enim , reo Principum Decreto fieri jus transigendi de capitalibus criminibus : ex eaque sententia vana atque inani deinde consequentias ducunt , etsi non veras , tamen ex falsis principiis optime sequentes. Ex consequentiæ sunt : lubet enim earum exemplum apponere. Si Principes reo fecerunt jus transi-

gendi de capitalibus criminibus : dubium non est , quin accusatori quoque fecerint jus de capitalibus criminibus transigendi : quia ubi reo id dederunt jus ; reo omnia dederunt sine quibus is suum adsequi jus omnino nequeat : pari fereratione qua qui jurisdictionem aut usumfructum concedit , omnia concedit sine quibus jurisdictio explicari aut ususfructus percipi omnino nequeat *l. 2. D. de jurisdictione , & l. 1. §. 1. & seqq. D. Si ususfructus petatur.* Jam quis reus potest de capitalibus criminibus transigere ; nisi accusatori jus sit , de his transigere ? Proinde , si Principes accusatori dederunt jus de capitalibus criminibus transigendi , quia reo dederunt ; videtur ratio velle , ut accusatori , si transegerit , concedatur , ab accusatione impune desistere. Principis enim permisso desistit : & qui eo permittente ab accusatione desistit , potest ab ea sine pœna desistere *l. 13. §. 1. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* : nec refert , utrum Princeps ei id palam , an per consequentiam , permittat. Sic illi.

Bellissime : si quidem verum foret , reum in capitalibus criminibus jus transigendi habere : sicut Magistratus cui jurisdictio data est , jus cognoscendi , & fructuarius cui concessus est ususfructus , jus utendi fruendi , habet. Sed si hoc procul vero est ; apparet , omnia quæ ex eo principio ducuntur , a vero amoveri. At reum habere jus transigendi de capitalibus criminibus , Veterum nemo arbitratus est. Tantum dixerunt , reo , si transegerit , id est , si adversarium corruerit , in capitali crimine , transactionis veniam dari *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam* : nihil præterea. Multum porro interest , utrum reo detur jus transactionis ; an , si transegerit , ei ignoscatur : utrum ab initio transigat jure suo , an quod transegerit , excusandus sit. altero casu ei data intelliguntur adminicula sine quibus transactio haberi nequit ; altero non sunt data. Igitur , ut non negem , reo , si ei datum foret jus transigendi de capitalibus criminibus , omnia data fore sine quibus ea transactio fieri non posset : non tamen in proposito dixerim , accusatori qui transegerit in capitalibus causis , transactionis veniam dari , quia reo datur.

At enim , si humanitas suadet , transigenti ignosci reo , quia sanguinem suum transactione redimit , quid ni postulet similitudo rationis , ut & accusatori transigenti ignoscatur ? An cui dubium est , quin ut reus , sic accusator , transigens de capitali crimine , suum redimat sanguinem , saltem post subscriptionem in crimen ? Atqui inde , si non convincat reum , teneretur ad supplicium quod illi intendit *l. ult. C. de accusationibus l. 7. D. eod. tit.* Sed neque hoc argumentum nostram oherat sententiam. Ut enim maxime concedam , eandem in proposito esse accusatoris & rei conditionem ; qui tamen concedam , idem utriusque jus esse ? nam transactio reo in capitalibus criminibus non communis juris regulis in quibus æquitas a simili ad simile procedi patitur *l. 10. l. 11. l. 12. & l. 13. D. de legibus* , sed adversus eas Principum benignitate indulgetur *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam* ; quod autem contra rationem juris , etsi probabilem , tamen singularem , ob causam constituitur ; hoc qui potest ad consequentiam produci *l. 14. & l. 15. D. de legibus* ? Nec tamen deest differentia , atque ea notabilis , quæ transigenti parcat reo , accusatori non parcat. Nam primum accusator , cum se subscriptione in crimen obligat ad similitudinem supplicii , sua voluntate in vitæ

vitæ periculum deducitur ; quippe cum accusare invitus non cogatur *l. unic. C. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur* ; reus vero , ubi accusatur capitalis criminis , non sua voluntate periclitatur (quis enim volens capitis accusatur ?) sed adversarii delatione invitus vitæ periculo objicitur. Est igitur , cur reo detur transactionis venia ; accusatori non detur : quia habet accusator quod sibi imputet ; reus non habet. Ad hanc differentiam accedit altera ; quod reus quidem , ut se liberet capitis periculo in quo est , accusatori pecuniam de suo dat , & magna causa ; verum accusator , ut desistat a criminali iudicio , reumque liberet , quo jure , aut colore , ab eo pecuniam petit neque suam , neque sibi debitam ? Inquies , uti transactione quæ demum fit aliquo dato , aut retento , aut promisso , vitæ periculo liberetur , exemplo rei. Sed primum quæ causa ei exigendæ sibi pecuniæ ex causa non sua , sed publica. Deinde quis metus , ne reus non æque consensurus ei sit ab accusatione desistenti , nulla exacta pecunia ? Non igitur ea ratio est exigendæ in proposito pecuniæ quæ est dandæ : ac si , quod res est , dicam , numquam accusator , cum transigit de capitali crimine , accipit a reo pecuniam probabili ex causa ; multoque minus , ut suum redimat sanguinem : quin , ut reum concutiat , aut certe , ut leges ei prodatur , eam inhumane , injuste , ac turpiter , ei extorquet : hoc amplius , cum potest a Iudice , petita aliquando sine , plerumque ex , rei consensu abolitione , vinculo subscriptionis solvi , & impune

desistendi ab accusatione facultatem accipere *l. 3. C. abolitionibus* ; si non fallaciter , sed sincera mente , per errorem , seu temeritatem , seu calorem , ad accusationem prosiluerit ; nec deceptio ac pecuniæ corruptio appareat : nam hoc in *l. 2. C. eod. tit.* desideratur : in eaque deceptionem prodeceptionem legi oportere , alibi monui. Possint igitur quas dedi , sufficere differentiæ ad demonstrandum , non esse eam quæ creditur , accusatoris & rei similitudinem ; & ideo recte alterum miseratione dignum haberi , volente humanitate ; alterum publicum mereri odium , ob improbitatem. Si tamen gravis non ero ; addam & tertiam differentiam : quæ est , quod reus , probata in capitali iudicio accusatoris intentione , plerumque morte sine cunctatione afficitur ; verum accusator , absolutoreo , non alias punitur similitudine supplicii ; quam si causa cognita iudicatum fuerit , scientem calumniatum esse. Ita est ; absoluto enim reo , demum incipit Iudex de accusatoris consilio quærere , qua mente ductus ad accusandum processerit : & , si quidem justum ejus errorem repererit , eum absolvit : sin in evidente calumnia deprehenderit , legitimam ei pœnam irrogat *l. 1. §. 3. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*. Ea vero re si videbitur accusator in capitis periculum venire ; licebit ei transigere : sed jam jure rei , atque ut sanguinem suum redimat ; non jure accusatoris , & ut reum concussionem vexet , aut ei leges prodatur , dum ejus causam pessimo exemplo adjuvat.

C A T U T XIV.

Ulpianus expositus loco admodum obscuro & intricato qui est in l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus.

Sed Ulpianus reclamatione verbis sequentibus ex *l. 1. §. 1. & 3. D. de calumniatoribus*.

§. 1. *Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis , sed & ad publica crimina pertinere Pomponius scribit : maxime cum & Lege Repetundarum teneatur , qui ob negotium faciendum per calumniam pecuniam accepit.*

§. 3. *Sed & Constitutio Imperatoris nostri qua scripta est ad Cassium Sabinum , prohibuit , iudici , vel adversario , in publicis , vel privatis , vel fiscalibus causis pecuniam dare : & ex hac causa litem perire iussit. † Nam tractari potest , si adversarius , non per calumniam , transigendi animo accepit , an Constitutio cessat ? Et puto cessare : sicuti hoc quoque iudicium , neque enim transactionibus est interdictum , sed sordidis concussionibus.*

Ulpianus exponens Edictum de Calumniatoribus quo qui pecuniam , ut negotium alicui faciant , vel non faciant , accepisse dicuntur , intra annum in quadruplum , post annum in simplum , tenentur *d. l. 1. pr.* atque indistincte , si pecuniaria causa sit , si crimen publicum *d. l. 1. §. 1.* primum inserit ejus Edicti Interpretationi Legem Julianam Repetundarum , etiam Constitutionem Imperatoris , Antonini Caracallæ ; atque ait , illa teneri qui ob negotium faciendum , aut non faciendum , pecuniam per calumniam accepit : hanc vero prohibere , Iudici vel adversario pecuniam dari in privatis , vel publicis , vel fiscalibus , causis ; & ex hac causa litem perire , iussisse : deinde subjicit , non esse transactionibus interdictum , sed sordidis con-

cussionibus : denique , facta transactione , & eam cessare Constitutionem , & actionem de calumniatoribus. Videntur igitur transactiones æque actori ac reo permitti in causis cum publicis , tum privatis & fiscalibus.

Quid dicimus ? non perinde accipiendum Ulpianum , ac si in toto §. 3. peræque loquatur de publicis , & privatis , & fiscalibus , causis. alioquin pateretur , transigi non modo de criminibus sanguinis pœnam ingerentibus ; sed de cæteris quoque criminibus quæ eam non inferant. quod & certo jure , & auctoritate Imp. Diocletiani & Maximiani *l. 18. C. de transactionibus* refellitur. Non sic quoque accipiendus Ulpianus , quasi ejus ratio sit , disquirere , de quibus causis unicuique liceat , vel non liceat , transigere : sed tantum voluit docere , quod in causis in quibus unicuique licet transigere , non est interdictum transactionibus bona fide factis , sed sordidis concussionibus. Quod verissimum est ; & ex *l. 65. §. 1. D. de conditione indebiti* , etiam ex verbis *d. l. 1. §. 3.* liquet : maxime , si in his legas , *Neque enim transactionibus licitis est interdictum* : quomodo in omnibus extat exemplaribus , uno excepto Florentino ; in quo illud , *licitis* , desideratur. Scribo igitur in *d. §. 3. l. 1. Neque enim transactionibus licitis interdictum* : ut in illo Hermogeniani *l. 16. D. de transactionibus* , *Qui fidem licitæ transactionis rapit*. Et recte : quæ enim licitæ sunt transactiones , demum habentur transactiones : quæ vero illicitæ sunt , jure non videntur transactiones. Postremo nec hoc omiserim , quod vocula , *Nam* , in *d.*

l. 1. §. 3. non habet vim causæ sed vim incipiendi; denique sumitur pro ceterum, vel simili: ut in l. 2. §. 1. D. Vi bonorum raptorum, & l. 6. D. de rei vindicatione. Ita Ulpiani sensus, ille durus & asper, sic optime attemperabitur; quasi velit, actionem in factum de calumniatoribus non solum in pecuniariis causis obtinere, sed ad publica quoque crimina pertingere: eamque (quæ Pomponii est) interpretationem & Lege Julia Repetundarum, & Imperatoris, Antonini, Constitutione ad Cassium Sabinum adjuvari. nam Lege Julia teneri qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam, sive (ut Venulejus Saturninus loquitur *l. 6. §. 2. D. de lege Julia Repetundarum*) ob accusandum vel non accusandum, pecuniam accepit; & Antonini Constitutionem prohibuisse, Judici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dari; & ex hac causa litem perire, iussisse. Inde vero effici; ut, si pecunia detur, accipiaturve, iis in causis in quibus licita legibus non sit transactio, non sit absolum a juris ratione, actione in factum de calumniatoribus teneri qui, ne negotium alicui faceret, ab eo pecuniam acceperit. Cæterum, si adversarius in causa in qua licet transigere, a reo non per calumniam, sed transigendi animo, pecuniam acceperit, aliter dicendum esse. non enim perire reo litem in transactionibus quæ jure licito fiant, cessante in his Antonini Constitutione. Atque hoc si est: nihil esse, cur non jam cesset quoque iudicium de calumniatoribus adversus eum qui ex licita transactione sine calumnia pecuniam accepit, ut desisteret a lite quam reo bona fide movit. Finge; ut res exemplo demonstretur: agit quis de re privata & sua civili & privata actione: dubium non est, quin legibus licita sit, ne agatur, pecuniæ datio acceptioque; quia legibus licita est transactio. finge; agit quis de publico aut fiscali jure, verbi gratia, ex crimine non capitali: non est licita inter accusatorem

& reum, ne agatur, pecuniæ datio, acceptioque: quia licito jure jam non sit transactio: denique non est transactio; magis concussio ac corruptio videtur. idemque est; si de capitali crimine transigatur: nam ne de hoc quidem crimine legibus licita transactio est. quamquam, quia in capitali crimine a Principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corrumpit *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam*; prope est, ut in reo quidem, si adversario dederit pecuniam, ne se accuset capitalis criminis, cesset Antonini Constitutio. sed in persona accusatoris qui pecuniam accepit, ne accuset, magis est, ut non cesset actio de calumniatoribus *d. l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus*: quia verum est, neque licitam ei esse transactionem de crimine, quamquam capitali, neque eam, si facta sit, ei ignosci. Vici difficultatem *d. l. 1. §. 3.* hætenus insuperabilem. Nec tamen nego, adhuc quæri posse, quid in ea Antonini Constitutione sit, *Litem perire ei qui judici vel adversario pecuniam dederit.* Et puto, si actor sit, qui pecuniam judici vel adversario dederit, eum a petitione removeri: sin reus, pro confesso haberi. At nec hoc videtur extra omnem jacere difficultatem. quem enim Antoninus in proposito vocat *adversarium*? Et sane in causa publica, vel fiscali, facile potest res habere exitum: quia utique ab alio quem causa concernat, potest detegi corruptio. in privata quoque causa si iudex ab uno litigantium corrumpatur, adversarii detectio est. Sed corruptus ipse si sit adversarius; quis dereget corruptionem? Proinde, placet mihi Græcorum sententia, qui *Basilic. lib. 60. tit. 1. pag. 12. Scholio ad d. l. 1. §. 3.* in privata causa id negant procedere: nisi *adversarii* appellatione non principalem adversarium, sed ejus procuratorem, vel socium, vel similem accipiamus. Quod & Rufardo placet, *Notis marginalibus*, & Jacobo Cujacio, *ad l. 7. D. de dolo malo non improbat.*

CAPUT XV.

Adulterium a Diocletiano & Maximiano in l. 18. C. de transactionibus non recte excipi a capitalibus criminibus. Quando cæperit adulterium in Magistratum cognitione puniri capite? An sub Augusto Lege Julia? An sub Principibus sub quibus vixere Iurisconsulti quorum Fragmenta extant in Pandectis? Neutrum videri.

Exposui regulam quæ in criminum transactione placuit Civili Jure: simul exceptionem quam ab ea fecerunt Principes. Illud non omiserim, quod ea exceptio apud Diocletianum & Maximianum *l. 18. C. de transactionibus* speciem regulæ, regula exceptionis, induit. sic enim scribunt. *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est.* An vere, videamus. Sed vix puto. non enim potuit adulterium a Diocletiano & Maximiano excipi a capitalibus criminibus; cum adulterium Diocletiani & Maximiani tempore non fuerit capitale crimen. Nec tamen ignoro, adulteros, etiam ante eos, aliquando graviore pœna, id est, morte aut exilio, punitos esse. id enim ex sequentibus Suetonii verbis intelligitur quæ sunt in *Octavio c. 5. Ut Senatus Aetis continetur, cum C. Lectorius adolescens patricii generis, in deprecanda graviore adulterii pœna, præter aetatem atque natales hoc quoque patribus*

conscripitis allegaret. Sed Suetonius, cum meminit *Patrum Conscriptorum, & Actorum Senatus*, ostendit, graviorem adulterii pœnam, quam esse dixi mortem aut exilium, adulteris non a Magistratu communi jure de quo noster hic sermo est, sed a Principe aut Senatu extra ordinem, denique contra leges, illatam fuisse. Nec multis opus: clare Tacitus, *lib. 2. Annal. c. 50. & lib. 3. Annal. c. 24.* quamquam suffecerit, posteriorem locum adscripsisse. ejus loci verba sunt. *Ut valida divo Augusto in rempublicam fortuna; ita domi improspera fuit, ob impudiciam filia ac neptis, quas urbe depulit, adulterosque earum morte aut fuga punivit. nam culpam inter viros ac fœminas vulgatam gravi nomine lasarum religionum ac violata majestatis appellando clementiam majorum suasque ipse leges egrediebatur.* Idem aut simile observat Dion Coccejanus in *Excerptis ex Collectaneis Constantini Augusti Porphyrogeneta*, quæ

Pari-

Parisiis edidit Henricus Valefius : cum de Imperatore Antonino Caracalla sic scribit pag. 755. *Cum ipse omnium mortalium notissimus adulter, quoad habitus fuit ad Venerem, exstitisset, alios tamen ejusdem criminis reos & oderat & præter jus ac morem capite plectebat.* Notabilis hic Dionis locus ; ac, quod miror, adhuc a nullo adductus. Pœna igitur adulterii neque Augusto, neque Antonino Caracalla, imperante, capitalis fuit ; ac, si cui a Principe aut Senatu imponeretur ; contra jus ac morem imponebatur : & ideo in Magistratuum cognitione de qua hic agimus, ad exemplum trahi non debebat l. 1. §. 2. *D. de Constitutionibus Principum.* Sed hoc citra omnem dubitationem est apud Veteres Jurisconsultos ex quibus collecti sunt Pandectarum libri. Ex his enim Paulus lib. 2. *Sententiarum*, tit. 27. §. 13. *Adulterii, inquit, convictas mulieres dimidia parte dotis & parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri : adulteris vero viris pari in insulam relegatione dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diversas relegentur.* Pœna igitur adulterii neque Lege Julia, neque Pauli tempore, capitalis fuit ; sed fuit relegatio & amissio partis dotis & partis bonorum. Amplius scribit Paulus l. 18. *D. de testibus*, quod Lex Julia de adulteriis prohibet, testimonium dicere condemnatam mulierem. Ulpianus quoque l. 29. §. 1. *D. Ad legem Juliam de adulteriis* ait, Lege Julia caveri, ut, si quis adulterii damnatam sciens duxerit uxorem, ea Lege teneatur. Quid, si eam non uxorem duxerit ;

sed in concubinato habuerit ? ait Ulpianus l. 1. §. 1. *D. de concubinis*, *Qui damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto Lege Julia de adulteriis teneri ; quamvis si uxorem eam duxisset, teneretur.* Igitur pœna adulterii neque Pauli & Ulpiani tempore, neque Lege Julia, capitalis fuit. alioquin quid utile fuit, nominatim prohibere ea Lege, ne mulier adulterii damnata, testimonium dicat ; neve quis adulterii damnatam uxorem ducat. Superioribus accedit Marciani testimonium l. 5. *D. de questionibus* : qui ait, cum qui duplex crimen commisisse dicitur, nempe incestum & adulterium, esse in insulam deportandum. Ea vero deportatio est pœna incestus, atque ipsa gravior pœna adulterii ; ut Paulus docet d. tit. 27. §. 13. & 14. Idem intelligi potest ex Arrio Menandro l. 4. §. 7. *D. de re militari.* negat enim, adulterii vel aliquo judicio publico damnatos, inter milites esse recipiendos. Nonne inepte ; nisi ei liqueret, ejus tempore damnatos adulterii, non fuisse affectos pœna mortis ? Mitto, quod Papinianus l. 13. *D. de his quæ ut indignis* ait, Mævium, in adulterio Sempronie damnatum, eandem Semproniam, non damnatam, duxisse uxorem ; eumque morientem heredem eam reliquisse. Id vero quid vult, nisi adulterum, etsi adulterii damnatum, tamen non fuisse damnatum ad capitalem pœnam ? Pœna igitur adulterii neque Lege Julia, neque Antonino Caracalla Principe, neque adeo Pandectarum Jure, capitalis fuit.

CAPUT XVI.

Imp. Alexandrum l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis videri inquinatum inepti hominis interpretatione. Ejus loci verus & clarus sensus.

At obstrepat Alexander l. 9. C. *Ad legem Juliam de adulteriis.* Verba Alexandri.

Castitati temporum meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare. Qui autem adulterii damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem evaserit, sciens duxerit uxorem (vel reduxerit) eadem lege lenocinii punietur.

Quid dicimus ? adventitia esse hæc verba, *Si quocunque modo pœnam capitalem evaserit* ? Sunt qui negent Doctissimi Viri. esse quoque video qui affirmant. Sed neutri quod volunt, probant. Ita nihil promovit industria in alteram partem ; & cum multum pro utraque sudaverit, adhuc incertum reliquit, quid in summa agat Imperator, Alexander. Nihil tamen verius est, si me audies, quam interpolatum esse hoc ejus Rescriptum ; atque inepte. Hoc enim, si patieris, addam : ac si dubites, rem tibi auctorem dabo ; si primum dixero, quid apud Alexandrum sit, Convenire temporum castitati, mulierem Lege Julia damnatam, *in pœnis legitimis perseverare.* Puto autem, hoc velle, convenire temporis castitati, pœnas quæ damnatæ mulieri Lege Julia sint inflictæ, in ea non desinere : sive, convenire, mulierem, Lege Julia damnatam, non liberari pœnis quas ea ex Lege patiatur ; sed in iis perdurare. *Perseverare* enim, si verbi pro-

prietatem sequimur, est *perdurare* : ac *perseverat* id quod cœpit, cum non desinit. Eo sensu Ulpianus l. 14. §. 5. *D. de Edictio Edicto*, *Ego, inquit, puto, si morbus desinit, non esse redhibitioni locum : sin autem vitium perseveret, redhibitionem locum habere.* Et in l. 7. §. 1. *D. de accusationibus.* Verba Ulpiani. *Cavent itaque singuli quod crimen objicient, & præterea perseveraturos se in crimine usque ad sententiam.* Papinianus quoque l. 15. §. 1. *D. de inofficioso testamento*, *Heredi, inquit, ejus qui post litem de inofficioso præparatam, mutata voluntate, decessit, non datur de inofficioso querela : non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveret.* Igitur si Alexandri sensum verborum quibus usus est, potestate æstimabimus : (quod bonum decet Interpretem) apparet, quod dixi, pulchrum atque elegans hoc caput stultissima adjunctione esse deformatum ab Interprete non satis provido. Itane ? nisi potest tibi sanus videri Alexander ; dum ait, convenire temporum suorum castitati, mulierem, Lege Julia de pudicitia damnatam, *perseverare*, sive *perdurare*, in legitimis pœnis, id est, in capitali seu mortis pœna qua ex Lege affecta sit : ac si hanc pœnam, postquam occisa est, quocumque modo evaserit, eamque sciens quis uxorem duxerit, vel reduxerit : eum qui id fecerit, eadem Lege ex causa lenocinii puniri. Is & non alius est, si retinemus verborum significationem, vulga-

ta sensus lectionis. sed non convenit sano homini, nedum sapienti & egregio Principi. Quis enim umquam dubitavit, utrum mulier affecta mortis pœna, in ea perseverare debeat; an eam evadere, id est, an occisa reviviscere, & nubere, possit? Igitur quod respostat, scribendum.

Castitati temporum meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare. Qui autem adulterii damnatam sciens duxerit uxorem (vel reduxerit) eadem lege ex causa lenocinii punietur.

Quid jam vult Alexander? quod vult ratio & usus juris, eo Principe. Ait, convenire temporis sui disciplinæ, ut mulier adulterii damnata Lege Julia de pudicitia, in legitimis pœnis perseveret: id est, ne liberetur pœnis quæ ei Lege Julia sint inflictæ. Eæ vere pœnæ inter alias sunt relegatio, & amissio partis bonorum ac dotis, tum ut innupta sit; ut ex ante dictis constat. Igitur Alexander, oportere, inquit, mulierem, adulterii damnatam Lege Julia, in pœnis legitimis perseverare, significat, oportere mulierem quæ ex Lege Julia damnata & punita sit, cum in cæteris Legis pœnis, tum sine matrimonio, manere. Addit Alexander, cum qui sciens, eam uxorem duxerit, vel reduxerit, eadem Lege Julia ex causa lenocinii puniri. Dedi Rescripti sensum. Addamne causam? addam: sic clarior res fiet. Ea causa fuit, quod Proculus, ad quem rescripsit Alexander, volebat, uxorem ducere vel reducere mulierem, Lege Julia de pudicitia damnatam, quod cum facere ea Lege prohiberetur; obtulit Alexandro Libellum: quo Libello eum rogavit, ut ea mulier ejus indulgentia reciperet jus connubii quod amiserat

severitate Legis Julix; utque sibi liceret, eam uxorem ducere vel reducere. Rescripsit Alexander, convenire suorum temporum castitati, mulierem Lege Julia de pudicitia damnatam, Principis indulgentia non solvi pœnis quas ex Lege Julia de pudicitia patitur: eum autem qui adulterii damnatam sciens uxorem duxerit, vel reduxerit, eadem Lege ex causa lenocinii puniri: nec apparere, cur in proposito ab hac quoque Legis parte recedendum sit. Explicui Libelli, simul Rescripti, sententiam, illam planam ac certam, nec forte dissimilem ei quam in re alia Marcianus exhibet l. 16. D. de interdictis & relegatis. Ejus verba, quia proposito nostro inserviunt, apposui. Verba Marciani. *Cum Ulpianus Damasceus rogasset Imperatorem, ut sibi permitteret, matri relinquere ad victum necessaria, & mater per libertum, ut quadam sibi liceret filio deportato relinquere, Imperator Antoninus eis rescripsit in hunc modum: Neque hereditas, neque legatum, neque fideicommissum contra mores & jus publicum hujusmodi personis relinqui potest, nec conditio harum personarum mutari debet.* Quod Marcianus ait, Antoninum rescripsisse, conditionem deportatæ personæ mutari non debere, respondet huic Alexandri d. l. 9. convenire, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare: id est, pœnis legitimis non solvi indulgentia Principis. Exposui Alexandri sensum: nec dubito, quin verum, & Legi Julix, ac seculo Alexandri, convenientem. qui si placet; simul ostendi, versiculum, *Si quocumque modo pœnam capitale evaserit*, non Alexandri, sed

Interpretis, esse; atque ab eo Alexandri verbis plane inepte misceri.

* *

CAPUT XVII.

Adulterium nec sub Valeriano & Gallieno capitale fuisse.

Sed hoc certissimum est, cogitantibus, jus Legis Julix quod Alexandri tempore fuisse dixi, deinde adhuc sub Valeriano & Gallieno obtinuisse, eorumque Rescripto repræsentari l. 17. C. Ad legem Juliam de adulteriis. Verba hæc sunt. *Sine metu legis Julia de adulteriis coercendis revocare uxorem in matrimonium potes: cum nihil amplius, quam libellos accusationis obtulisti: quia postea comperisse te affirmas, quod vana indignatione ad accusationem incitatus fueris. Is enim committit in pœnam quam lex certo capite denunciat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet uxorem.* Species hæc est. Victorinus, ad quem rescriptum est, uxorem suam suspectam adulterii demisit; eamque libello accusationis detulit ad Magistratum cujus ea cognitio erat. Deinde is Victorinus infontem esse uxorem suam intellexit; seque vana indignatione ad accusationem prosiluisse. Igitur eum pœnituit imprudentis accusationis: hoc plus voluit, suam uxorem in matrimonium de quo eam demiserat, revocare. Sed, cum metueret pœnam quam Lex Julia ei qui

adulterii publice damnatam uxorem habet, adulteramve sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet, certo capite denunciat; adiit Imperatores, Valerianum & Gallienum, per Libellum; eoque eos rogavit, liceretne sibi per severitatem Legis Julix, uxorem in matrimonium revocare. Et affirmant Impeccatores. Quam ob causam? duplicem: una est, quod is uxorem quidem adulterii accusavit; sed non publice damnavit: altera causa est, quod eam postea infontem esse comperit: seque vana indignatione ad accusationem incitatum esse, porro is demum incurrit in Legis Julix pœnam, qui vel publice damnatam adulterii habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, uxorem retinet. Vides Rescripti sensum: qui si verus est, tantum abest, ut olim sub Alexandro morte vindicatum fuisse adulterium videatur: quod volunt Docti Viri ex d. l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis: ut e contrario appareat, Legem Juliam adhuc sub principatu Valeriani & Gallieni viguisse: atque adeo adulteros ne ea quidem tempestate summo supplicio fuisse affectos,

CAPUT XVIII.

● *Arnobii testimonio non liquere, fuisse adulterium sub Diocletiano & Maximiano morte punitum.*

Postea fateor, mulctati morte sunt adulteri; non tamen sub Diocletiano & Maximiano. Nisi quem movet, quod Arnobius qui sub his floruit, jam meminit capitalium poenarum quibus afficiantur adulteri; cum lib. 4. *Adversus gentes* scribit. *Ad libidinem homines proni atque ad voluptatum blanditias natura infirmitate proclives, adulteria tamen legibus vindicant, & capitalibus afficiunt eos poenis quos in aliena comprehenderint fœdera genialis se lectuli expugnatione jecisse.* Sed leve est Arnobii testimonium: quia sive Juris artem, sive Latini sermonis usum, spectes, ambigua est capitalium poenarum significatio: apud Jurisconsultos enim capitalis poena non naturali finitur morte; verum eam quoque quæ civilis est, complectitur: nec tamen se ad infamiam aut cæteras leviorum coercitionum species dimittit l. 2. *D. de publicis judiciis*. l. 2. *D. de poenis*. at Latine loquentibus non modo mortis naturalis aut civilis,

sed omnis quoque causa existimationis, capitalis intelligitur l. 103. *D. de verborum significatione*. Quo igitur sensu exaudiendus Arnobius? non videtur per capitales poenas significare naturalem mortem, de qua quærimus, imo ne civilem quidem; sed infamiam, cum cæteris Legis Juliæ poenis. Sic censeo: atque eo magis; quia hæc interpretatio & Legi Juliæ convenit, & sequentibus Arnobii verbis: quæ verba sunt. *Subsectoris & adulteri persona cujus esset turpitudinis, nota cujus regum maximus nesciebat, & speculator ille (ut fama est) bene meritorum ac pessime, quidnam deceret se velle, rationibus pectoris non perspiciebat amissi.* Quæ, ut vides, non ad mortis, sed ad infamiæ, poenam respiciunt. Igitur Arnobii testimonio minime apparet, adulterium Diocletiani & Maximiani tempore coercitum summo supplicio fuisse,

CAPUT XIX.

Adulterium jure Codicis Hermogeniani & Gregoriani non fuisse capitale, sed sub Constantino esse cœpisse: quamquam non ex l. 30. §. 1. C. Ad Legem Juliam de adulteriis: nec ex l. 4. Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur. Lactantius explicitus, De mortibus Persecutorum. Verba hæc, Excepto adulterio, Diocletiano & Maximiano l. 18. C. de transactionibus videri adscripta ex l. 10. C. Ad Legem Juliam de adulteriis.

Verum quid hæremus? imo quid ni signamus responsum? est enim certus auctor Scholiastes Græcus, *Basilic. lib. xi. tit. 2. Scholio ad l. 18. C. de transactionibus*, lit. B. pag. 811. tom. 1. adulterium secundum Leges Veteres, & secundum Constitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani, neque fuisse capitale, neque hic a capitalibus criminibus excipi. Verba Scholiastæ, quia notabilia sunt, addenda credidi. Sunt autem hæc ex versione Fabroti. *Atqui adulterium neque poenam sanguinis ingerit, neque capitalis ejus coercitio est, ut passim didicimus: sed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia. quomodo igitur Constitutio hæc agens de criminibus quæ poenam sanguinis inferunt excipit adulterii crimen? discite secundum leges veteres, & secundum constitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani, adulterium non fuisse capitale. recte dicis. Verum hodie ex Constitutione Constantini qua sita est lib. 9. Codicis tit. 9. const. 30. capitale est.* Sic ille: eique accedit Imp. Justinianus, *Novell. 134. c. 10.* nam & is novam poenæ formam, quam gladii ejus tempore fuisse constat §. 4. *Inst. de publicis judiciis*, Constantino adscribit. Præterea sic extat l. 30. §. 1. *C. Ad legem Juliam de adulteriis*, quæ lex Constantini est, *Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet.* Sed, quod mireris, ea pars deest l. 2. *Cod. Theod. eod. tit.* ex qua descripta est d. l. 30. Adeo vereri possis, ne ea a Triboniani manu sit; nec gladii poena in adulterio Constanti-

no debeat; quamquam velit Imp. Justinianus d. *Novell. 134. c. 10.* Atque hoc Jacobo Cujacio videtur, lib. 6. *Observ. c. xi.* putat enim, poenam gladii cujus mentio fit in §. 1. d. l. 30. desumptam esse ex l. 4. *Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur* Quam Constantii & Constantis esse, ejus Inscriptio indicat; eaque Cujacii sententia eruditis hominibus probatur. Sed mihi displicet: quia Constantius & Constans in d. l. 4. adultero non gladii, sed parricidii, poenam imposuere. sic enim loquuntur. *Cum pari similique ratione sacrilegos nuptiarum tanquam manifestos parricidas insuere culleo vivos vel exurere oporteat.* Ajunt, fat scio, Doctissimi Viri, ultimum d. l. 30. versum a Triboniano esse, & ab eo ex d. l. 4. concinnatum, substituta pro culleo & exustione gladii poena. Sed ignoscant mihi, existimanti, non pro dignitate sua sic conjicere. non enim ad verisimile accedunt: atque eo minus; quia adulteros vel ante Justinianum, & nominatim sub Valentiano, gladio punitos fuisse, Ammianus Marcellinus refert, lib. 28. *Cethegus*, inquiens, *Senator adulterii reus cervice pertus abscissa.* Quid, si addam, apparere ex d. l. 4. adulterii poenam non ea primum lege fuisse capitalem factam; sed capitalis poenæ severitatem quæ ante obtinuerit in adulterio, ea lege auctam, & in parricidii poenam convertam esse? verissime dixerō: nec opus argumentis; quamquam alioquin id vel eo adjuvari possit, quod adulterium jam sub Con-

Constantino, atque ante *d. l. 4. capite punitum fuisse*, ipso auctore discimus Constantino *l. 16. C. de pœnis*, & *l. 1. Cod. Theod. cod. tit.* Proinde assentior Imp. Justiniano qui gladii pœnam Constantino adscribit in *d. Novell. 134. c. 10.* Etsi dubitari possit, utrum ea gladii pœna *d. l. 30. §. 1.* debeatur, an profecta sit ex alia Constantini lege quæ perierit injuria temporum. Sed, puto, profecta est ex alia, ipsa lata circa initia imperii Constantini; atque inde transiit in *d. l. 30. §. 1.* Nam ita observatum aliquando a Triboniano in Codicis Justiniani confectione, uti duas, etiam diversorum Imperatorum, Constitutiones confunderet: & exemplum in *l. 2. C. de infantibus expositis* de qua dixi in *Julio Paulo, sive de partus expositione* & *nece cap. 6.* Hoc vero in proposito contigisse, non temere conjicio; quia ex Subscriptione *d. l. 30. §. 1.* apparet, scriptam esse a nato Christo anno 326, cum *d. l. 16.* & *d. l. 1.* jam ante scripta sit anno 314. Accedit, quod Lactantius, *De mortibus Persecutorum c. 39. & 40.* referens Acta anni 312. similiter meminit capitalis adulterii pœnæ, quam instigante in primis Maximiano, Præses Eratineus clarissimis quibusdam feminis, etsi in fontibus, inflixerit. De viro quoque adulterii confesso sic ait Lactantius, *Nec adultero impunitas promissa persolvitur; sed patibulo adfixus.* Sed hoc ita accipiendum, ne indigetur pœna quæ fuerit debita personæ adulteri. non enim hæc Lactantio ratio fuit: & aliter se res habuit. Erat quippe qui patibulo adfixus dicitur, ante quam falso confiteretur adulterium, aliorum reus facinorum; promissaque eorum impunitate induci se passus fuerat, ut admisisse se adulterium cum innoxiiis illis feminis mentiretur. ita illæ etsi injuste, tamen quasi convictæ, pro adulteris necatæ sunt. nec imaginario illi adultero servata promissæ fides impunitatis; sed patibulo adfixus est; non ob adulterium quod falso confessus fuit: numquam enim

patibuli adfixio adulteri pœna fuit) sed ob alia, & ut videtur, graviora scelera: quorum veniam sibi stipulatus erat, si confessus foret adulterium. Nec vero quid novum, evenisse, quod solet, ut plurium reus facinorum ob id quod gravius esset, non quod levius, puniretur: sicuti in *l. 5. D. de questionibus incesti & adulterii reus*, non adulterii, sed incesti, id est, ut alibi demonstravi ex Paulo *lib. 2. Sentent. tit. 27. §. 13. & 14.* graviore pœna adficitur.

Verum ut ad Diocletianum & Maximianum revertamur; constat, hæc verba, *Excepto adulterio*, quæ sunt in *d. l. 1. C. de transactionibus*, non esse eorum Imperatorum: (quia capitalis adulterii pœna, etsi prope accedat ad eorum tempora; tamen his Principibus nulla fuit) sed aut Triboniani, aut alicujus Veteris Interpretis. Nam & Græci, *Basilic. lib. xi. tit. 2. pag. 788. tom. 1.* in ipsius Legis paraphrasi ea agnoscunt verba: quamquam ita, ut Scholiastes (quod summopere notandum) deinde scribat *pag. 811.* adulterium ex Legibus Veteribus & secundum Codicis Hermogeniani & Gregoriani Constitutiones non fuisse capitale; neque hic a capitalibus excipi criminibus. Non igitur illa adulterii exceptio est Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, in *d. l. 18.* ac, si quid valeo conjectura, ab alio, quisquis is fuit, deinde adscripta ex *l. 10. C. Ad legem Juliam de adulteriis*: in qua Imperator, Alexander, ita insit. *De crimine adulterii pacisci non licet, & par delictum est accusatoris pravaricatoris, & defugientis* (Jacobus Cujacius, *V. Cl. lib. 6. Observ. c. xi.* ingeniose corrigit, *& rei fugientis*) *veritatis inquisitionem. Qui autem pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Julia tenetur.* Sic Alexander; & verissime. scilicet, quia eo imperante, nondum capitale erat adulterium, atque ideo tum ne rei quidem transactionem recipiebat.

CAPUT. XX.

Non esse causam, cur adulterium, postquam capitale factum est, magis a transactione excipiat, quam cetera capitalia crimina.

Ceterum, postquam capitale factum est adulterium, videamus, an in *d. l. 18. C. de transactionibus* debuerit a capitalibus criminibus excipi. Sed non puto. est enim generalis ratio Principum, veniam dantium transactioni in capitalibus criminibus, ignoscendum esse ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluerit *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam*: ea vero ratio æque in adultero valet, atque in aliis qui morte puniri possint. Nec me turbant quæ e diverso adferuntur argumenta a frequentia & atrocitate adulterii. Sunt enim inania. Nam ut grave sit adulterium, atque etiam frequens illis temporibus fuisse dicatur: ad rem quid confert? non enim gravius homicidio aut veneficio adulterium est. Sed nec eo spectare debuit sceleris aut atrocitas aut frequentia, ne reo daretur venia transactionis, si quam cum accusatore fecerit sui conservandi causa; sed ut adversus convictum condemnatumque supplicii severitas intendere-tur. At transactio, cum de adulterio sit, speciem lenocinii habet. Sed non ex parte rei de qua nostra hæc disputatio est: non enim is accipit, sed

dat, pecuniam; nec aliam ob causam dat, quam ut sanguinem suum redimat. quod a lenocinio longe abest. Aliter, ac si accusatorem spectes: is enim pecuniam ab adultero accipit, ut conniveat, vel certe, ne accuset: in quo lenocinii speciem esse, quis non videt? de accusatore vero hic sermo non est: quia ei in nullo criminali judicio, siue capitali, siue alio, transigere licet. Solet & illa ratio pro adulterii exceptione adferri a Doctissimis Viris, quod Lege Julia, cum nondum capitale esset adulterii crimen, nominatim vetitum fuit; ne accusator cum reo de adulterio pacisceretur *d. l. 10. C. Ad legem Juliam de adulteriis*: & quamvis postea a Principibus capitale factum sit adulterium; & adeo jam cesset Legis Julia ratio: nulla tamen effectum est Constitutione, ut abrogata Legis Julia prohibitione, de adulterio transigere vel pacisci liceret. Valer igitur adhuc lex Julia; ubi ei derogatum non est. Sed & hæc ratio æque frustra adfertur. non enim questio est, an accusatori liceat de adulterio transigere, id est, pecuniam accipere, ne accuset: sed an reo liceat, ne accusetur, pecu-

pecuniam dare. Lex autem Julia de accusatore locuta fuit, ne accipiat; quia ea res lenocinii imaginem habet: atque ita placuit, cum nondum capitale esset adulterium; non esse accusatori de adulterio transactionem. Idem est, postquam capitale esse coepit: quia non apparebat adhuc, aut Legem mutatam esse, aut ejus rationem. Atqui jam capitale erat adulterium. Scio; sed non ideo desit ea transactio lenocinii speciem habere. præterea ubi impunita accusatori est transactio in capitalibus criminibus? opinor, nusquam. cur igitur in adulterio erit, etsi tandem capitale esse coeperit? Sic in accusatore. In reo quid dicemus? nec ei lici-

tam olim de adulterio fuisse transactionem: quia ab eo fiebat adversus leges, etiam adversus publicam utilitatem. Non igitur poterat reus de adulterio jure transigere. Sed quid, si transigisset; an poterat ei dari venia transactionis? non videtur, quia enim non erat capitale crimen, non erat ratio, cur ei ignosceretur, sic olim. At hodie? contra est: postquam placuit, adulterium morte puniri, nam etsi reus ne nunc quidem de adulterio transigere jure possit; ac, si transigerit, non valeat transactio; tamen humanitati convenit, transactionis veniam dari ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluerit.

CAPUT XXI.

An possit impune transigi de crimine Raptus Virginis, & Perduellionis?

PROfligata adulterii exceptione quæ a Diocletiano & Maximiano in *d. l. 18. C. de transactionibus* creditur fieri; possem ulteriori parcere labori: nisi essent qui a Virginum quoque Raptu amoveri transactionem pactioemque existimarent; propterea quod Imp. Justinianus *l. unic. §. 2. in fine C. de Raptu Virginum* jubet, *Parentes quorum maxime vindicta intererat, si patientiam prabuerint, ac dolorem remiserint, deportari*. Nec tamen desunt qui ne hanc quidem ferant exceptionem: quod putant, aliud esse, *pacisci vel transigere* super accusatione Raptus; aliud, dolore quem Raptus attulit, remisso, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. Sed metuo, ne qui sic sentiunt, pro vero nebulas amplectantur: & jam visum Arnoldo Vinnio, V. Cl. *De Transactionibus cap. vii. §. 19.* hanc parvi pendere responsionem, magisque putare, improbari quidem a Justiniano transactionem pactioemque, si quam puellæ parentes cum ejus raptore faciant; sed id nil ob stare, quo minus extraneus accusator cum rapto re adhuc transigere vel pacisci recte possit. At quod sentio dicam: nihil mihi placet ex his quæ pro hac, aut illa, adferuntur parte, quin contra puto, verba *d. l. unic. §. 2. in fine* ad quæstionem qua de agimus, minime pertinere. Non enim nunc quærimus, an accusator de capitali crimine, quale est Raptus Virginum, impune transigere vel pacisci possit; sed an id reo permittatur. At in *d. l. unic. §. 2. in fine* non quæritur, an reus qui est raptor, possit impune transigere vel pacisci, *Ne accusetur*: verum agitur de

raptæ puellæ parentibus qui accusatores sunt, aut esse possunt: eos vero non vult Justinianus, raptori patientiam præbere ac dolorem remittere; &, si contra faciant, deportari. Non igitur resistit Justinianus *d. l. unic. §. 2. in fine*, quo minus adhuc raptor, id est, reus, de crimine Raptus transigere vel pacisci possit. Non enim hoc ei aut eo in loco, aut alibi, interdicatur: atque interim Principibus sine distinctione placet, ignoscendum esse reo: qui cum adversarium corrumpit, sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluerit.

Præter superiores exceptiones adfertur & tertia a capitalibus criminibus exceptio. Ea est in perduellione: nam hoc crimen ultimo supplicio vindicari, apparet ex *l. 5. C. Ad legem Juliam majestatis*: nec tamen placuit, in eo indulgeri transactionem pactioemve. An aliud volunt Impp. Arcadius & Honorius *§. 6. d. l. 5. cum, Id, inquit, quod de perduellibus eorumque filiis cavimus, etiam de satellitibus consociis ac ministris filiisque eorum simili severitate censemus*. Sed vereor, ne eos qui sic colligunt, fortuna judicii destituat. quod enim in *d. §. 6. consocii*, non detecta perduellione, æque ac perduelles puniuntur; non reum, sed delatorem, impedit, quo minus de perduellione transigat. Nostra autem quæstio non est, an delatori, sed an reo, transactio pactioque non æque hoc in crimine, ac in aliis capitalibus criminibus, indulgeatur. ea vero cum reo neque in *d. l. 5. §. 6.* neque alibi interdicatur; magis puto, eam ne in perduellione quidem reo nocere.

CAPUT XX.

In l. 18. C. de transactionibus nihil de privatis criminibus definiri. Sed nec de accusatore agi, verum de reo. Et quid in posteriore ejus Rescripti versu velint hæc verba. In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

EXplicui priorem partem *l. 18. C. de transactionibus*; etiam posteriorem. sed, quia in hac restat difficultas una, aut altera; non pigebit me, etiam ei, si quod possim, remedium dare. Verba posterioris partis hæc sunt.

In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

Cum ajunt Imperatores, *In aliis autem publicis criminibus*; satis liquet, eos nihil definire de privatis criminibus; sed tantum loqui de publicis non, quod velint, aliud in his, aliud in illis, obtinere; sed, quod

quod a Valente ad quem rescriptum est, saltem fuerant de publicis, non etiam de privatis, criminibus consulti. Proinde si quis sustineat, ex his verbis a contrario argumentari sensu: viderit. non enim quid velint Impp. Diocletianus & Maximianus, enarrabit; sed, quid sibi sedeat, illis imprudenter affiget: fere quia ad Rescripti rationem, Jurisque principia, & usum Veterum, parum curiose attendit.

Deinde ajunt Impp. Diocletianus & Maximianus, *Transigere non licet, citra falsi accusationem*. Præpositio, *citra*, ab Imperatoribus pro *sine* accipitur: ut in *l. 21. C. de procuratoribus, l. 10. l. 24. C. de rei vindicatione*, & infinitis aliis locis quæ ipsorum sunt. Integer vero is versus sic exponendus, quasi significet, si alia sint publica crimina, quam quæ adscendant ad sanguinis, sive mortis naturalis, pœnam, reum de his, transigere prohiberi: ac, si transegerit, falsi teneri. Sed plerisque aliud placet: quod putant, eam vocem non pro *sine*, sed pro *præter*, usurpari: atque adeo hunc esse Imperatorum sensum: quod in aliis publicis criminibus transigere non licet, præterquam in falsi accusatione. Prorsus, ut in priore Rescripti parte *adulterium* a publicis criminibus quæ sanguinis pœnam inferant, in posteriore *falsum* a cæteris, excipitur. Neque negari potest, *citra* pro *præter* a Justiniano sumi *l. unic. §. 13. C. de rei uxoria actione*. Sed hoc uno eo in loco, atque a Justiniano, fit: cum Diocletianus & Maximianus *citra* pro *sine* constanter dixerint: ut paulo ante monui, & post alios observavit V. CL. Arnoldus Vinnius, *De Transactionibus cap. vii. §. 32. & seqq.* Accedit, quod in toto Civili Jure non proditur exemplum criminis *falsi* de quo impune facta sit transactio: utique, cum ejus accusatio subsistit infra sanguinis pœnam. Nam, quod vulgo adfertur *l. 7. C. Ad legem Corneliam de falsis*, nullius momenti est: quia ibi non de falsi crimine, id est, instituta vel instituenda falsi accusatione, sed de instrumento in quod cadebat falsi suspicio, transactio facta proponitur: & ideo additur; quod, si transactio de eo instrumento facta est, difficile est, ut provinciæ Præses patiat, hoc cui adquieverit Heliodorus, deinde ut falsum accusari; id est, in privato judicio suspectum falsumve haberi. Non igitur falsi accusatio in *l. 18. C. de transactionibus* excipitur a criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus; neque suaserim, Diocletianum & Maximianum sic accipi; sed perinde, ac si dicerent: quatenus attinet ad alia publica crimina, quam quæ sanguinis, sive mortis, pœnam habent, reum transigere non posse; quin in falsi accusationem incidat.

Nec est, quod quem offendat, quod Imperatorum verba non de accusatore, sed de reo, exau-

diam; cum ea hætenus ab eruditissimis Interpretibus non de reo, sed de accusatore, accipiantur. Primum enim non fuit hæc Diocletiano & Maximiano in *d. l. 18. cura*, de accusatore rescribere: quia de eo consulti a Valente non fuere. Deinde numquam licet accusatori de criminibus transigere, ne in sanguine quidem: ut in superioribus ostendi satis superque. Restat igitur, ut putemus, reo hic transactionem in aliis publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerant, a Diocletiano & Maximiano non indulgeri. Et tamen, ut accusator qui pecuniam ob non accusandum acceperit, in quibuscumque criminibus, sive habeant sanguinis pœnam, sive non habeant, falsi tenetur *l. 2. D. de concussionibus*: sic rescribunt Imperatores in *d. l. 18. C. de transactionibus*, reum, si accusatorem redemerit in criminibus quæ sanguinis pœnam non inferunt, falsi obligari. Atque hoc eo probabilius; quia & Imp. Alexander *l. 10. C. Ad legem Juliam de adulterio* idem vel simile indicat, *De crimine*, inquit, *adulterii pacisci non licet, & par delictum est accusatoris prævaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem*. Vulgo editur, *& defugientis*: sed verissima est sententia Jacobi Gujacii, V. CL. lib. 6. *Observ. c. xi. emendantis, & rei fugientis*. Ita enim sensus constat: & recte ait Alexander, par esse delictum accusatoris qui prævaricatur, & rei qui fugit veritatis inquisitionem: cum præsertim accusator qui prævaricatur, proprias probationes dissimulat; & falsas adversarii admittit *l. 1. §. 1. & §. 6. D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*: omnis quoque rei corruptio pro falso accipitur, sive judicem redemerit, sive adversarium *l. 1. §. 2. l. 21. D. Ad legem Corneliam de falsis. l. 34. D. de jure fisci*. Sed & apud Tacitum reus accusatori in prævaricatione comparatur, posita utrique pœna quæ est ejus qui publico judicio calumniæ condemnatus est. Verba Taciti lib. 14. *Annal. c. 41.* forma hac sunt. *Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætores detulisset, interim specie legum, mox prævaricando ultionem elusus. Additur Senatusconsultum, Qui talem operam emptitasset, vendidissetve, perinde teneretur, ac si publico judicio calumniæ condemnatus*. Placet igitur, reum qui accusatorem corrumpit, id est, cum eo transegit, in crimine quod non inferat sanguinis pœnam, falsi teneri; et si ei, si transegerit in crimine quod incurrat sanguinis pœnam, Principum humanitate ignoscatur. Et hoc est, quod Diocletianus & Maximianus *d. l. 18. C. de transactionibus* scribunt, *In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licere, citra falsi accusationem*.

C A P U T XXIII.

Rescriptum Impp. Diocletiani & Maximiani quod est in l. 18. C. de transactionibus non pertinere ad Titulum Codicis, De transactionibus: sub eoque Titulo a Juris nostri Architectis poni perperam.

Satis dedi virtutis & honoris certamini, quod mihi hætenus cum Clarissimis Juris Interpretibus, sed sine cujusquam læsione, fuit de intellectu Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, in *l. 18. C. de transactionibus*. Idem si adversus Juris nostri Architectos instituam, quamvis pari modestia, forsan

audacior videri possim. Sed hic quoque me temeritate absolvit veri studium apud omnes laudabile, præter eos quos & sui piget & communis boni. Habeo sane causam admodum probabilem, ne dicam certam, cur verear, ne id Diocletiani & Maximiani Caput parum pertineat ad Titulum Codicis.

Codicis, De Transactionibus, sub quo a Juris nostri Architectis ponitur. Ea causa, si quis requirat, hæc est; quod in *d. l. 18.* non est Diocletiano & Maximiano quæstio, quæ transactio in criminibus valeat, aut non valeat; sed quæ sub falsi accusationem cadat, aut ab ea excusetur. Hæc mea sententia: atque ab ea stat ipsius summa Capitis: ut multis in antecessum demonstravi. Proinde quid superest; nisi, ut aliena a Titulo Codicis De Transactionibus esse Diocletiani & Maximiani verba existimem? Non enim hic est ejus Tituli labor, exponere, quando transactio, si adversus leges fiat de criminalibus Fisci quæstionibus, falsi accusationi locum faciat: sed quæ sit vis transactionis, de rebus privatis neque dolo malo neque adversus

leges factæ. Non igitur debuerunt Diocletiani & Maximiani verba a Juris nostri Architectis libro Codicis secundo collocari sub Titulo De Transactionibus: sed aliquam eligi eis sedem libro nono, ubi de criminibus eorumque pœnis, aut decimo, ubi de jure Fisci agitur, magis oportuit. Nam & in Pandectis ita observari video, ut quæ ejus argumenti sunt Veterum Fragmenta, non sub Titulo *De Pactis* aut *Transactionibus* libro secundo; sed in *l. 1. pr. §. 1. & §. 3. D. de calumniatoribus. l. ult. D. de prævaricatione. l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam, l. 4. & l. 29. D. de jure fisci, l. 2. D. de concussionem, l. 6. §. 2. D. de lege Julia repetundarum, & alibi; libro tamen 3. 47.*

48. & 49. ponantur.

FINIS.



INDEX CAPITUM HUIUS OPERIS.

- CAP. I. *Transactionem inter accusatorem & reum factam de omittenda cujuscumque criminis, siue capitalis, siue alterius, accusatione, legibus Pandectarum & Codicis neque valere, neque probari. quin crimine censeri: tantumque reo, si in sanguine fiat, ejus veniam dari.* Pag. 235
- II. *Non esse in l. 18. C. de transactionibus Constitutionem Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, sed Subscriptionem, aut Rescriptum, ad cujusdam Valentis Epistolam aut Libellum. Et quid ea inspectio conferat ad intellectum d. l. 18.* 236
- III. *Verba hac, Transigere vel pacisci, in l. 18. C. de transactionibus pro iisdem accipi: etsi alias distinguantur. De quibus rebus pactio & transactio jure fiat? Et quis sit effectus pactiois ac transactionis quæ jure valeat?* 237
- IV. *Civiles actiones quæ pro delicti privati executione competunt jure ordinario, ante commissum delictum non recipere actoris & rei pactioem: post commissum delictum accipere. Et quomodo? ib.*
- V. *Criminum persecutionem non ad privatam, sed ad publicam, utilitatem spectare; nec accusatoris & rei pactioem transactionemve admittere: ac, si transactum inter eos sit, non transactionem, sed corruptionem videri. Eam transactionem haberi turpem: nec palam, sed clanculum, fieri solitam.* 239
- VI. *Accusatori nullam ex transactione de crimine esse petitionem: etsi quid a reo stipulatus sit. Imperatores, Diocletianus & Maximianus, expositi l. 9. C. de contrahenda stipulatione. Etiam Valerianus & Gallienus l. 3. C. Ad Senatusconsultum Turpilianum.* 240
- VII. *Accusatorem & reum puniri ideo quod de omittenda criminis accusatione transegerint.* ib.
- VIII. *Reo quidem, si cum accusatore transegerit de crimine quod mortis pœnam contineat, transactionis veniam dari: sed nihilominus nullam esse transactionem. Ulpianus l. ult. D. de prevaricatione, & l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt, expositus. Imperatores quoque, Severus & Antoninus, apud Macrum l. 2. D. eod. tit.* 241
- IX. *Imperatores, Diocletianus & Maximianus, declarati in l. 18. C. de transactionibus.* 243
- X. *Reum publici criminis ab accusatore cum quo transigit in causa sanguinis, non posse repeti: quamquam non vi transactionis; sed quia accusator qui nummos accepit, ne accuset, amplius accusare prohibetur.* ibid.
- XI. *Reum, postquam cum accusatore transigit in sanguine, ab aliis accusari posse. Sed nec Magistratum prohiberi, inquisitione uti, si velit, nullo existente accusatore.* 244
- XII. *An ut reo, sic accusatori, ignoscitur, si in sanguine transegerit? velle Doctissimos Viros; sed nullo jure: nec referre, utrum facta sit transactio ante, an post, delatum rei nomen, factamque in crimen subscriptionem. Imp. Diocletianus & Maximianus expositi l. 18. C. de transactionibus.* ib.
- XIII. *Argumenta quibus videtur transactio de capitalibus criminibus accusatori indulgeri, diligenter proposita, & dejecta.* 245
- XIV. *Ulpianus expositus loco admodum obscuro & intricato qui est in l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus.* 247
- XV. *Adulterium a Diocletiano & Maximiano in l. 18. C. de transactionibus non recte excipi a capitalibus criminibus. Quando cœperit adulterium in Magistratum cognitione puniri capite? An sub Augusto Lege Julia? An sub Principibus sub quibus vixere jurisconsulti quorum Fragmenta extant in Pandectis? Neutrum videri.* 248
- XVI. *Imp. Alexandrum l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis videri inquinatum inepti hominis interpretatione. Ejus loci verus & clarus sensus.* 249
- XVII. *Adulterium nec sub Valeriano & Gallieno capitale fuisse.* 250
- XVIII. *Arnobii testimonio non liquere, fuisse adulterium sub Diocletiano & Maximiano morte punitum.* 251
- XIX. *Adulterium jure Codicis Hermogeniani & Gregoriani non fuisse capitale, sed sub Constantino esse cœpisse: quamquam non ex l. 30. §. 1. C. Ad Legem Juliam de Adulteriis: nec ex l. 4. Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur. Lactantius explicatus, De mortibus Persecutorum Verba hac, Excepto adulterio, Diocletiano & Maximiano l. 18. C. de transactionibus videri adscripta ex l. 10. C. Ad legem Juliam de adulteriis.* ibid.
- XX. *Non esse causam, cur adulterium, postquam capitale factum est, magis a transactione excipiat, quam cetera capitalia crimina.* 252
- XXI. *An possit impune transigi de crimine Raptus Virginis, & Perduellionis?* 253
- XXII. *In l. 18. C. de transactionibus nihil de privatis criminibus definiri. Sed nec de accusatore agi: verum de reo. Et quid in posteriore ejus Rescripti versu velint hac verba, In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* ibid.
- XXIII. *Rescriptum Imp. Diocletiani & Maximiani quod est in l. 18. C. de transactionibus, non pertinere ad Titulum Codicis de transactionibus: sub eoque Titulo a Juris nostris Architectis poni perperam.* 254

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
OBSERVATIONUM
LIBRI DUO.

In quibus complura
JURIS CIVILIS,
ALIORUMQUE
VETERUM SCRIPTORUM,
LOCA

aut illustrantur aut emendantur.

Editio prima in Germania post tertiam Lugduno-Bataviensem.

OBSEKVATIONUM

JURIS CIVILIS

ALTERNUM SCRIPTORUM

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

OBSERVATIONUM

LIBER PRIMUS.

CAPUT I.

Modestini locus elegans, qui est in l. pen. D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis, ex conjectura restitutus.



Modestinus l. pen. D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis.

Qui eadem admisserunt sponte dolove malo, in honore aliquo positi, deportari solent; qui secundo gradu sunt, capite puniuntur. facilius hoc in decuriones fieri potest; sic tamen ut consulto prius Principe & jubente id fiat: nisi forte tumultus aliter sedari non possit.

Ita passim editur: nec quisquam, quantum memoria teneo, facit controversiam receptæ lectioni. Audebo tamen, apud Modestinum pro honore aliquo, scribere, honore alto, vel honore altiore: hoc modo.

Qui eadem admisserunt sponte dolove malo, in honore alto positi, deportari solent; qui secundo gradu sunt, capite puniuntur.

Id ut audeam, inducit me clara & certa ratio: ea ratio est, quod qui in secundo gradu sunt homicidæ, hi positi sunt in honore aliquo: nec tamen deportantur; sed capite puniuntur, non igitur voluit Modestinus, deportari qui sunt positi in honore aliquo: (quæ recepta lectio est) sed qui sunt in honore altiore, vel summo, positi. Quomodo Seneca, De vita beata c. 22. Verba Senecæ. Quibusdam ex his tribuitur aliquid honoris, quibusdam multum. Et paulo post. Apud me divitiæ aliquem locum habent: apud te summum. Propius Ammianus Marcellinus lib. 29. c. 1. p. 424. in fin. Semper officio locoque quem retinebat, superior videbatur, altis humilibusque juxta acceptus. Et ad rem Marcianus l. 3. §. 5. D. Ad legem Corneliam de sicariis, de pœna sicariorum differens, Altiores, inquit, deportantur. Verba Marciani, Legis Cornelia de sicariis & veneficis pœna, insula deportatio est, & omnium honorum ademptio, sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut pœnam Legis sustineant: humiliores enim solent, vel bestiis subjici; altiores vero deportantur in insulam. Marcianus eorum qui ob homicidium puniuntur, ordines tres facit: aliquos vult deportari in insulam, aliquos capite puniri, aliquos bestiis objici. qui deportantur, eos vocat altiores, sive honestiore loco positos: qui bestiis objiciuntur, eos appellat humiliores: qui capite puniuntur, illi sunt intermedio, sive secundo, gradu positi. quod Modestino convenit, sed emendato. Possset tamen tolerari Modestinus; si ita scripsisset. Qui eadem admisserunt sponte dolove malo, in honore

aliquo positi deportari solent, aut certe capite puniuntur. Quomodo Ulpianus l. ult. D. de incendio, ruina, naufragio, Si, inquit, humiliori loco sint, bestiis objici solent; si in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur, aut certe in insulam deportantur. Sed non sic scripsit Modestinus. necessaria igitur emendatio est. Cavebis certe ab Accursio, Modestinum sic accipiente: quasi velit, eos qui secundo gradu sunt, capite puniri, id est, bestiis subjici. facilius vero fieri posse, ut Decuriones deportentur. Nam errat Accursius: nec ait Modestinus, facilius illud in Decuriones fieri, ait, facilius hoc in Decuriones fieri. & est sensus, Fieri facile; (ponitur enim comparativus gradus pro positivo) ut Decuriones capite puniantur. hunc sensum suadet loquendi usus; nec minus res poscit, adeo enim Modestinus Decuriones, admissio latrocinio, non liberat a mortis supplicio, ut ne possit quidem liberare: certo, eos morte puniri, & Ideo servos pœnæ fieri l. 6. §. 7. D. de injusto, rupto, irritato facto testamento: estque in latrocinio quo de agit Modestinus, exemplum in l. 27. §. 2. D. de pœnis. quid ergo? tantum vult Modestinus, quod præmisit de puniendis capite latronibus secundi gradus, facile obtinere in Decurionibus: quos esse medios inter altiores & humiliores seu plebejos. non enim ad summum gradum adscendere; & tamen a plebe discerni: denique non excusari a mortis supplicio; & esse liberos a damnatione ad bestias d. l. 6. §. 10. cæterisque humiliorum seu plebejorum pœnis l. 9. §. xi. D. de pœnis. Unum præcipit Modestinus d. l. pen. ne Decuriones, ob eadem sponte dolove malo admissam, capite puniantur: nisi consulto prius Principe ac jubente id fiat. & recte: quando Mandatis continetur, ne debeat Præses sibi permittere: ut Decurionem puniat; antequam ad Principem scripserit de pœna; eaque sit ejus Rescripto confirmata d. l. 6. §. 7. & l. 2. §. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam. Nisi forte (quod addit Modestinus) tumultus aliter sedari non possit. Sensus, Non debet Præses Decurionem, ob eadem sponte dolove malo admissam, morte punire, inconsulto Principe: præterquam periculo præcipite, & non patiente dilationem: eo quod tumultus aliter sedari nequeat. quo casu idem receptum in appellatione a sententia d. l. 6. §. 9. & l. 16.

D. de appellationibus.

Y 4

CAP.

CAPUT II.

*Julianus l. 20. D. de legibus ex Plutarcho illustratus: & collatus
alius Plutarchi locus cum l. 3. & l. 6. D. de pœnis.*

QUOD Julianus l. 20. D. de legibus ait, Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, verissimum est; idemque a Plutarcho observatum, & exemplis aliquot illustratum. Verba autem Plutarchi, quia non memini ab aliis adduci, appolui. ea verba sunt ex libro, *De his qui sero a numine peniuntur*, p. 550. Ea leges quæ ab hominibus ponuntur, non ubique habent rationem eorum quæ precipiuntur, illustrem, imo quædam videntur omnino ridicula. ut quod Lacedæmone Ephori statim ab inito magistratu edicunt, ne quis mystacem alat: & ut legibus obtemperent, ne ipsis sint difficiles observari. Romani quos in libertatem vindicant, eorum corporibus stipulam tenuem injiciunt. & ubi testamentum condunt, alii scribuntur heredes, alii vendunt bona. quod videtur alienum a ratione. alienissimum illud Solonis, qui in seditione neutri se parti adjungentem ignominia notavit. & plane multa legum absurda esse dixerit, qui auctoris mentem & causam scriptorum singulatim non cognoverit.

In eodem Plutarchi libello & hoc quod sequitur, dignum credidi quod annotarem in gratiam Studiosorum juris pag. 552. Legem Ægyptiam nonne recte videntur quidam Græcorum descripsisse quæ jubet gravidam, si mortis fuerit damnata, asservari, donec pariat? Plane assensum est ab iis. Tum ego. Quid si prægnans aliquis non sit, sed progressu temporis actionem aut consilium arcanum in lucem possit producere, aut occulti alicujus mali indicium deferre, vel salutaris au-

ctor fieri consilii, aut necessarii usus inventor? nonne rectius facit qui dilato supplicio eam utilitatem operitur, quam qui mature eum interficiat? mihi quidem sic videtur. Hæc Plutarchus. Quid nostri? probantur quod de prægnante muliere Plutarchus dixit; ita volente utilitate innocentis patus; ut apparet ex l. 3. D. de pœnis. in cæteris autem casibus, et si plerique variarint, non tamen differendum esse damnati supplicium, verius esse, Ulpianus existimavit lib. 9. De officio Proconsulis; ex quo verba hæc sunt l. 6. D. de pœnis. Siquis forte, ne supplicio afficiatur, dicat se habere quod Principi referat salutis ipsius causa: an remittendum sit ad eum, videndum est? Et sunt plerique Præsidum tam timidi, ut etiam post sententiam de eo dictam, pœnam sustineant, nec quidquam audeant; alii omnino non patiuntur quidquam tale allegantes: nonnulli neque semper, neque nonnunquam remittunt, sed inquirunt, quid sit, quod allegare Principi velit, quidque (quod) pro salute ipsius habeat dicere; post quæ aut sustinent pœnam aut non sustinent. Quod videtur habere mediam rationem: cæterum, ut mea fert opinio, prorsus eos non debuisse, posteaquam semel damnati sunt, audiri, quidquid allegent. Quis enim dubitat, eludenda pœna causa ad hæc eos decurrere? magisque esse puniendos, qui tam diu conticuerunt quod pro salute Principis habere se dicere jactant? nec enim debebant tam magnam rem tam diu reticere.

* *

CAPUT III.

Errare doctissimos viros, qui opinantur, populum Romanum Lege Regia omni se jure & majestate abdicasse in honorem Principis; idque ab Ulpiano l. 1. D. de Constitutionibus Principum significari verbis, Ei & in eum. Verus eorum verborum sensus: & similes loquendi figuræ apud Julianum l. 2. §. 3. D. de jure codicillorum, & Vellejum Paternulum lib. 2. quem a Justo Lipsio, V. CL. emendari sine necessitate.

Ulpianus l. 1. D. de Constitutionibus Principum.

Quod Principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum Lege Regia quæ de imperio ejus lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem conferat. §. 1. Quodcunque igitur Imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto præcepit: legem esse constat. hæc sunt quas vulgo Constitutiones appellant.

Numquam potui in animum meum inducere, ut probarem eorum sententiam qui existimant, hæc Ulpiani verba, ei & in eum, esse formulæ qua usus in Lege Regia sit populus Romanus: multoque minus mihi persuadeo, ab Ulpiano significari, quod & illi & alii tradunt, populum Romanum Lege Regia omne suum imperium & potestatem Principi concessisse ita; ut omni prorsus jure & potestate se

exueret, ac ne tantillum quidem retineret reliquum; sed alienato a se omni jure, vellet unum Principem, tamquam sui & legum dominum, sibi pro arbitrio imperare, seque illi sine exceptione parere. Numquam enim hoc factum; & contra video, populum in comitiis suis etiam post Legem Regiam fuisse rogatum, quid de rebus, cum publicis, tum privatis, vellet juberet fieri. Quod quo spectat, nisi vel tum suum populo jus fuisse existimamus? Sed quod de comitiis dixi, liquet ex ipsa Legis Regiæ formula qua delatus Vespasiano fuit principatus. verba apud Gruterum, Corpore Inscriptionum, hæc sunt. Uique. quos. magistratum. potestatem. imperium. curationemve. cujus. rei. petentes. Senatui populoque. Romano. commendaverit. quibusque. suffragationem. suam. dederit. promiserit. eorum. comitibus. quibusque. extra. ordinem. ratio. habeatur. Idem indicat Tacitus; cum comitia Prætorum, arbitrio Senatus haberi

haberi solita, sub Nerone attingit *lib. 14. Annal. c. 28.* Plinius quoque comitia Consulibus sub Traiano memorat *Panegyric. c. 63. & seq.* Jam si leges quærimus a populo jussas, constituto Principe, in eumque translatis quæ comprehensa sunt lege Regia: quid verius est, quam quod Dion scribit *lib. 56.* legem Papiam Poppæam latam fuisse ad populum, M. Papio Mutilo & Q. Poppæo Secundo Consulibus, jam seniore Augusto: ut Tacitus ait *lib. 13. Annal. c. 25.* Nec diu ante prodiit lex Ælia Sentia: rogata quippe a S. Ælio Cato & C. Sentio Saturnino Consulibus. Age vero lex Junia Norbana nonne sub Tiberio lata Consulibus M. Junio Silano & L. Norbano? Ne illud quidem omitam, quod Tacitus *lib. 12. Annal. c. 26.* exponens formam quâ Neronem Claudius adoptavit, *Rogata, inquit, lex qua in familiam Claudiam & nomen Neronis transfret.* Et Agrippina *c. 41. ejusdem libri,* cum Neronem Britannicus Domitium, post adoptionem, salutasset, clamat, *Sperni adoptionem, quæque censuerint patres, jusserit populus, intra penates abrogari.* Nec minus curiata comitia & populi legem agnoscit Galba, apud Tacitum *lib. 1. Histor. c. 15.* sic Pisonem alloquens, *Si te privatus lege curiata apud Pontifices, ut moris est, adoptarem.* Æque huc spectat, quod apud eundem *lib. 12. Annal. c. 5.* Vitellius, post pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, cum necdum celebrare solemnia nuptiarum auderent, nullo exemplo deductæ in domum patris fratris filiæ, *Percunctatus Cæsarem, an jussis populi, an auctoritati Senatus cederet.* Et mox ille, *Unum se civium & consensui imparem respondit.* Igitur apparent exempla comitiorum, legumque in his a populo jussarum, post constitutum principatum; simul apparet, populum numquam se jure suo atque imperio in gratiam Principis lege Regia abdicasse.

Et si neque ignoro exempla quibus Principes, sua abusi potestate, majestatem populi neglexere. Sed ea facti sunt: cum nostra sit de jure disputatio. Eo vero habuit unus in republica populus Romanus Juris condendi atque abrogandi facultatem pro communi omnium usu: atque is eam deinde cum Principe communicavit lege Regia. ita factum, ut sicut populus, sic Princeps, pro majestate imperii Jus facere atque abrogare posset. Rem dixi.

De Ulpiano videndum. nec alia ejus sententia fuit. tantum voluit docere, (quod ipsa indicant ejus verba) quemadmodum Princeps, qui non magis habebat jus faciendi contra leges, quam qualicumque Magistratus, a populo acceperit condendi Juris facultatem; sive quid rescribat, sive decernat, sive edicat. Hoc Ulpiani consilium fuit, non aliud. idque *De jure summi imperii & lege Regia* demonstravi plene. nec pluribus opus: nisi, quod illic omisi, monendum, ea verba, *ei & in eum,* apud Ulpianum idem significare; & fere esse loquentis plenius ac fortius; cum alioquin alterum sufficeret, & valeret tantumdem. ac, ne quis requirat hujus fidem interpretationis, apponam exemplum locutionis non dissimilis ex Juliano *l. 2. §. 3. D. de jure codicillorum.* Verba Juliani. *Furiosus non intelligitur codicillos facere: quia nec aliud quicquam agere intelligitur, cum per omnia & in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur.* Juliano addam Vellejum Paterculum: qui *lib. 2. de Planco, Cum,* inquit, *fuisse humillimus assentator regina, & infra servos cliens, cum Antonii libarius, cum obscenissimarum rerum & auctor & minister, cum in omnia & in omnibus venalis, cum ceruleatus.* & reliqua. Vir Clarissimus, Justus Lipsius, in *Notis,* corrigit, *In omnia & omnibus.* Sed abstinendum exemplo supervacuae emendationis, tam evidente locutione apud Veteres.

CAPUT IV.

Quo sensu scribat Paulus, Imperatorem ex imperfecto testamento legata aut fideicommissa vindicare, inverecundum esse. Extricata in primis l. 23. D. de legatis lib. 3.

Illud quoque non indignum est explicitu quod ex Paulo in *l. 23. D. de legatis lib. 3.* in hac extat verba.

Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum est: decet enim tanta majestati, eas servare leges quibus ipse solutus esse videtur.

Sic enim communi omnium consensu exauditur Paulus; quasi significet, non esse quidem decorum, Principem ex testamento, legibus imperfecto, vindicare legata aut fideicommissa sibi relicta: sed si velit ea vindicare; nihil prohibere, quo minus possit: quia legibus solutus est; sive, ut alibi dicitur, lex imperii eum solvit Juris solemnibus. Ego vero rogatus sententiam, difficulter accedam interpretationi, tam remotæ a ratione Juris, neque magis Paulo consentaneæ. certe nondum pœnitet me Dissertationis, *De jure summi imperii & lege Regia:* in qua idoneis docui argumentis, Principem legibus, sive juris solemnibus, solutum esse Lege Regia; cum ei negotium est, leges inutiles mutare legibus melioribus; ceterum civem esse, & legibus teneri, reliquorum more: præterquam, si quibus nominatim solutus sit. Igitur, quod est thema hujus loci, fac imperfectum testamentum: in eo datum Principi

esse legatum aut fideicommissum. an potest Princeps legatum aut fideicommissum ex testamento petere? fortasse dices, & fecisse multos. sed, si Paulum audimus, nullo jure. non enim est testamentum quod non est legibus perfectum. Atqui lex imperii Principem solvit legum solemnibus. Sit ita, cum pro majestate imperii leges facit, aut corrigit, inflectitve, suadente communi utilitate: sed non idem est; cum quid agit, tamquam civis & unus e multis. sic enim legibus vivit, etsi alioquin legibus solutus sit. Atque ita Principes *§. ult. Inst. Quibus modis testamenta infirmantur.* Et ante Claudius, apud Tacitum *lib. 12. Annal. c. 5.* verba Taciti. *C. Pompejo, Q. Verannio Coss. pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, jam fama, jam amore illicito firmabatur, nec dum celebrare solennia nuptiarum audebant, nullo exemplo deducta in domum patris fratris filia. Quin & incestum, ac si sperneretur, ne in malum publicum erumperet, metuebatur. Nec ante omissa cunctatio, quam Vitellius suis artibus id perpetrandum sumpsit. Percunctatusque Cæsarem, an jussis populi, an auctoritati Senatus cederet: ubi ille unum se civium, & consensui imparem respondit, opperiri intra palatium jubet.*

At enim, inquit, Paulus manifestius, quam ut dissimulari debeat, opinatur, non cogi Principem, servare leges, etsi id eum facere deceat, an aliud velle videtur cuicumque; cum ait, *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum esse*: & addit, *Decere tanta maiestati, eas servare leges quibus ipse solutus esse videtur?* Verum apage verborum ludibria: ad quæ numquam se demisit Paulus, quin modeste & condigne Jurisconsulto ait, *inverecundum esse*, Imperatorem ex imperfecto testamento vindicare legata aut fideicommissa; cum negat, eum id facere posse: & contra, cum dicit, eum *decere*, servare leges, ad hoc eum teneri, significat. Atque huic interpretationi meæ etsi sufficeret ratio & communis sensus, tamen testimonium dabit Imperator Alexander, sub quo floruit Paulus; ne quis putet, eam abhorre a disciplina ejus temporis. Verba Alexandri in l. 3. C. de testamentis hæc sunt. *Ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe rescriptum est. Licet enim lex imperii solennibus furis Imperatorem solverit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere.* Quid sic Alexander? ait, Imperatorem *non posse* hereditatem vindicare ex imperfecto testamento. Quod si est: quid ni dicamus, Paulum, cum ait, Imperatorem legata aut fideicommissa ex imperfecto testamento vindicare, *inverecundum esse*, modeste significare, non esse Imperatori jus, ex imperfecto testamento petere legata aut fideicommissa? Nec tantum patitur hunc sensum secta temporis quo vixit Paulus: sed nec loquendi usus ac norma ei resistit. utique Marcianus l. 8. §. 6. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur, cum negat, creditori qui debitori pignoris venditionem permisit, secuta venditione, superesse vindicandi pignoris facultatem, ad eundem plane modum ait, eum *inverecunde desiderare* actionem hypothecariam; ac, si desideret, repellendum esse. Verba Marciani si quis inspicere velit, hæc sunt. *Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat: si tamen effectus sit secutus venditionis, nam si non venerit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.* Marciano addam Papinianum; nam is quoque eadem utitur loquendi verecundia, atque in eundem sensum l. 3. §. ult. D. de usuris. Verba Papiniani. *Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto, mora intervenerit, an usurarum æstimatio*

facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, ut, ea distracta, pecunia qua (refecta,) fideicommissa solverentur, aut alimenta prestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse, responderi oportet. Quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usura: ideoque non exigentur. Quid? quod Papinianus l. 15. D. de conditionibus institutionum prorsus divine, Quæ, inquit, facta ledunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est.

Præter superiorem Pauli locutionem, est & alia in d. l. 23, etsi non tanti momenti, tamen nec ipsa negligenda: cum posset imprudentibus parum iusta videri. Verba Pauli Florentiæ ita edit Taurellius.

Decet enim tantæ maiestati, eas servare leges quibus ipse solutus esse videtur.

In aliis libris est, *ipsa soluta*. atque ea scriptura convenit præceptis Grammaticæ: quibus non convenit Florentina. Nil tamen mutem temere: non enim est insolens Veteribus, in sermone genus mutare, ac relationem facere magis ad antecedentium verborum sensum, quam ad verba quibus is sensus continetur. Hoc jam in aliis auctoribus animadvertit Aufonius Popma, V. CL. De usu antiquæ locutionis lib. 2. c. 2. nec pigebit me, pauca quæ ex nostris observavi, adjicere. Ex eo genere est illud Pauli nostri l. 1. D. de tutelis. *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.* Ulpianus quoque l. 195. §. 2. D. de verborum significatione simili loquendi figura, Cum, inquit, pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere. singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Et in l. 1. D. de pactis. *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, servare.* V. CL. Elbertus Leoninus lib. Emendat. c. 16, sequutus, ut ait, fidem manuscripti codicis antiquissimi, corrigit. Quia enim magis humane fidei est congruum, quam ea observari quæ inter homines placuerunt. Frustra: etsi non inconcinno sensu.

Ne finam quidem vituperari hoc Pauli in d. l. 23. *Decet tanta maiestati*. esse enim frequentem apud Latinos auctores ejusmodi locutionem, dudum ostendit Sanctius, Minerva lib. 2. c. 4.

CAPUT V.

Quid apud Pomponium l. 28. D. de usufructu sit, Numismatibus aureis vel argenteis veteribus pro gemmis uti? & expuncta levis menda ex Ulpiano l. 27. §. 4. D. de auro, argento, mundo.

Pomponii verba sunt l. 28. D. de usufructu. *Numismatum aureorum vel argenteorum veterum quibus pro gemmis uti solent, usufructus legari potest.* Ea verba sic exaudivit V. CL. Hugo Donellus, lib. x. Com. Jur. c. 3, in fin. quasi vellet Pomponius, Numismatum, si aurea sint aut argentea, & his pro gemmis uti soleant, usufructum legari posse. atque ut exemplo liqueret, quid esset, numismatibus uti pro gemmis; addidit Donellus, Ad pilei puta, aut vestis ornatum, alioquin non posse: quia nullus eorum usus sit. Ad eum-

dem modum Franciscus Connanus, lib. 4. Com. Jur. civil. c. 1. n. 2. Gemmas, inquit, vocat, quas nos imagunculas aureas & argenteas quibus viri ad pilei aut vestis ornatum hodie utimur. Hæc Doctissimi illi Viri. ac nescio, an ea mutuati sint a Glossa ejus loci: cujus posteriore parte verba hæc sunt. *Dic ergo, quod hic erat usufructus; & erit fructus in hoc, quod pro gemmis, tamquam monilia portentur ad pectus.* Sed puto, neque Glossatorem, neque Connanum, neque Donellum, vidisse, quid Pomponio sit, Veteribus numisma-

mis matibus aureis vel argenteis pro gemmis uti, ut eorum usus fructus legari possit.

Igitur age hoc demonstramus: sed primum, quod *numismata* sunt eadem *nummis*, ne quis forte distinguenda a *nummis numismata* esse existimet. id vero intelligitur testimonio Ulpiani: qui in l. 9. §. 4. D. Ad exhibendum numismatum usum fructum, non hunc verum, sed quasi, describens, ita loquitur. *Marcellus scribit, si tibi decem nomismata sit sub conditione legata, & mihi decem usus fructus pure, deinde heres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario solverit, ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quo minus possideret. dolo autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario: effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum jam nummos vindicare non possis.* Quæ initio *nomismata* dixit Ulpianus, deinde *nummos* appellat. sunt igitur ei *nomismata* eadem *nummis*. Atque hoc si est; tollendum leve mendum in l. 27. §. 4. D. de auro, argento, mundo: in quo sic idem scribit Jurisconsultus. *Si autem aurum vel argentum signatum legatum est, id paterfamilias videtur testamento legasse, quod ejus aliqua forma est expressum: veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata & similia.* Ulpianus *Philippeos* distinguit a *nomismatibus*: cum verum sit, *Philippeos* esse *nomismata* apud Horatium lib. 2. Epist. 1. Igitur scribe, *Veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata similia.* Nempe, paterfamilias legavit alicui aurum vel argentum signatum, quæritur, quid legato contineatur? pro certo ponit Ulpianus, pecuniam, forma publica percussam, signati auri, vel argenti, appellatione comprehendendi; ac, quia de eo nemo dubitabat, de eo, pro Veterum more, nihil dicit: sed cum ambigi posset de Philippi, Regis Macedoniæ, & similibus *nomismatibus*, de his respondendum credidit. Ait igitur, ea signati auri vel argenti appellatione venire. Licebit etiam aliter accipere Ulpianum; existimantibus, (quod præclare observavit V. CL. Isaacus Casaubonus, Notis ad Trebellium Pollionem, Vita D. Claudii c. 14. pag. 382.) nummos *Philippeos* fuisse primum Philippi jussu formatos: sed recepto deinde formæ usu retentum fuisse ejus appellationem; etsi jam referret vultum, non Philippi, sed cujuscumque Principis, a quo iussa sit cudi. Locus ad quem Notam hanc scripsit Casaubonus apud Trebellium Pollionem d. c. talis est in Epistola Valeriani ad Zosimionem Syriæ procuratorem. *Argenti in opere annua pondo quinquaginta, Philippeos nostri vultus annuos centum, & in strenis.* &c.

Utrumque erit: apparet, *nomismata* esse eadem *nummis*: eademque opera facile apparebit, quæ Pomponio d. l. 28. dicantur *vetera nomismata aurea vel argentea*. Meminit talium Suetonius sequentibus verbis, *Augusto c. 75. Saturnalibus & si quando alias libuisset, modo munera dividebat, vestem & aurum & argentum; modo nummos omnis notæ, etiam veteres regios ac peregrinos.* Habet & Lactantius exemplum lib. 1. Divin. Instit. c. 10. cum, *Hunc*, inquit, *errantem atque inopem Janus excepit. cujus rei argumenta sunt nummi veteres in quibus est cum duplici fronte Janus, & in altera parte navis.* Porro observandum est, quod non simpliciter ait Pomponius, legari posse usum fructum *numismatum aureorum vel argenteorum veterum*, sed horum quibus pro gemmis uti solent. Id vero quid significat, nisi legari posse usum fructum veterum *numismatum*, quibus non solent uti tamquam numerata pecunia: (cum enim magis quasi usus fructus intelligitur) sed quibus solent, tamquam gemmis, sive ad

eum modum ad quem *gemmis*, uti: adeo nota locutione: ut fere frustra addam, sic exstare apud Tryphonium l. 37. §. 1. D. de minoribus, *Nec si quid eorum commiserit quæ pro adulterio eadem lex puniunt: id est, tamquam adulterium.* Et apud Suetonium, Tiberio c. 15. *Nec quidquam postea pro paterfamilias egit.* Pro, tamquam paterfamilias. Apud Justinianum quoque §. ult. Inst. de heredum qualitate & differentia exstat, *Pro herede autem genere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur.* Vult igitur Pomponius, legari usum fructum *numismatum veterum*, quibus tamquam gemmis, uti solent.

Is vero usus erat animi oblectatio ex studiosa earum cum collectione, tum contemplatione & ostentatione. Eum usum docuit me Plinius lib. 37. Nat. hist. Proœmio. Verba Plinii. *Gemmae super sunt, & in arctum coactarum natura majestas, multis nulla sui parte mirabilior. Tantum tribuunt varietati, coloribus, materia, decori, violari etiam signis gemmas nefas ducentes. Aliquas vero extra pretia nulla taxationemque humanarum opum arbitantes, ut plerisque ad summam absolutamque rerum naturæ contemplationem satis sit una aliqua gemma.* Fuisse autem in his ostentationem, idem refert Plinius eod. lib. c. 1. eamque a tibicine cœpisse; sed postea hominibus, etiam summis, admirationi fuisse. Verba Plinii ex multis pauca adscripsi. Tertius qui eodem tempore fuit inter muscos, Nicomachus multas gemmas habuisse traditur, sed nulla peritiae electas: sorte quadam his exemplis initio voluminis oblatis adversus istos qui sibi hanc ostentationem arrogant, ut palam sit, eos tibicinum gloria tumere. Et post. *Gemmas plures, quod peregrino appellant nomine dactyliothecam, primus omnium habuit Roma privignus Sylla Scaurus. diuque nulla alia fuit, donec Pompejus Magnus eam quæ Mithridatis Regis fuerat, inter dona in Capitolio discaret, ut M. Varro alique ejusdem ætatis auctores confirmant, multum prelatam Scauri. Hoc exemplo Cæsar Dictator sex dactyliothecas in ade Veneris Genitricis consecravat Marcellus Octavia genitus in Palatina Apollinis ade unam.* Præter Plinium etiam Suetonius Julio c. 46. hanc rem tangit, de Cæsare sic loquens, *Gemmas, toreumata, signa, tabulas operis antiqui, semper animosissime comparavit.* Et Horatius lib. 1. Epist. 6. vers. 17.

I nunc, argentum, & marmor vetus, æraque & arteis

Suspice, cum gemmis Tyrios mirare colores.

Cæterum, sicut Veteres in his gemmarum quas faciebant dactyliothecis, varietatem, colores, materiam, decus, denique ut in Pyrrhi achate, naturæ miracula; etiam ab arte illustrium hominum imagines, ac signa, finge, Augusti sphingem, Mecænatis ranam, Syllæ traditionem Jugurthæ, similiaque alia quæ Plinius enarrat d. c. 1. & admirabantur & ostentabant: sic magno ardore ac sumptu vetera colligebant *numismata* in quibus Regum ac Principum vultus, simul res domi forisque gestas, denique omnem vetustatis memoriam, sibi aliisque repræsentabant. Quæ res cum ad animi & oblectationem & cultum spectaret, etsi redditum non daret, aliquam videbatur habere utilitatem; & ideo mirum non est, si usum fructum recipere intelligeretur, salva post usum *numismatum* substantia.

Volui hic facere finem hujus capituli: sed retinet me Chrysostomus; qui veterum *numisma-*

mismatum, in primis Alexandri Magni, usum, præter hunc quem dixi, etiam alium Gentilibus fuisse, atque ab his ad Christianos pervenisse, conqueritur. Verba Chrysostomi, quia rem notabilem indignant, apposui. sunt autem hæc *Ad populum Antiochenum homil. 21. ad fin. tom. 1. pag. 246. Quid ve-*

ro diceret aliquis de his qui carminibus & ligaturis utuntur, & de circumligantibus aurea Alexandri Macedonis numismata capiti vel pedibus? dic mihi, hæc sunt expectationes nostræ, ut post crucem & mortem dominicam in gentilis regis imagine spem salutis habeamus.

CAPUT VI.

*Isidori locus de actione finium regundorum ab errore revocatus
unius literæ mutatione.*

Isidori de finium regundorum actione verba *lib. 5. Originum c. 25.* hæc sunt. *Finium regundorum actio dicta eo quod per eam regantur fines utrique ne dissipentur: dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit.* Sic Isidorus: sed falso, etsi levi ex causa. peccat enim una litera: quam mutato; & scribo, *Dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit.* Ita ad verum accedit sen-

sus, qui ante a vero aberrabat. Utar magno & certo auctore. is est Imperator Constantinus *l. 3. Cod. Theod. Finium regundorum.* Verba Constantini. *Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur apud Præsidentem esse constiterit; cum de majore spatio quadam non finalis, sed proprietatis, apud ipsum Præsidentem debeat terminari.*

CAPUT VII.

*Gaji Fragmentum quoddam quod est in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, a juris nostri Architectis sub illo Titulo collocari perperam.
quo pertineat; & quis sit verus ejus sensus.*

Vere Marcianus *l. 1. §. 2. D. Quæ res pignori vel hypotheca data obligari non possunt, Eam,* inquit, *rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* An æque Gajus in his verbis *l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest?* Sed de hoc deliberabimus. res enim obstrepere videtur: Ulpianus certe, *Rem,* inquit, *alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: nam emptio est & venditio: sed res emptori auferri potest l. 28. D. de contrahenda emptione.* Diocletianus autem & Maximianus *l. 6. C. Si alienares pignori data sit* scribunt, *Per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse: & hoc certissimum esse.* Qui igitur definit Gajus, pignorationem recipere quod emptionem venditionemque recipit? Non intercedam, si quis ea Gaji verba in *d. l. 9. §. 1.* a vero aliena esse suspicetur. Sed modestiæ meæ non convenit, ut circa ea si quod cecidit peccatum, esse Gaji peccatum existimem. quis enim credat, tantum virum Juris in quo versabatur, adeo incallidum fuisse, ut non intelligeret, rem alienam pignori obligari non posse; & si obligetur, cessare actionem hypothecariam. An quid aliud voluit; cum *lib. sing. De formula hypothecaria* ait, *Creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse l. 15. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis?* Sed non ut Gajum facile ea culpa libero; sic hac Juris nostri Architectos absolvo. Est enim illorum negligentia factum; ut in *d. l. 9. §. 1.* aliud sonent Gaji verba, quam ipse voluerit Gajus, nempe, quia siverunt, ea itrepere in Titulum *De pignoribus & hypothecis:* cum debuissent poni sub Titulo *De pignoratitia actione vel contra,* nam huc pertinent. Ac, ne videar hoc sine mercede loqui, addam argumentum quod mihi, studiosius omnia consideranti, commode suppeditat ipsius Inscriptio capituli. Ea Inscriptio habet, *Gajus lib. 9. Ad Edictum Provinciale:* eo vero in libro eum præsertim actio-

nem pignoratitiam quæ ex contractu est, explicuisse, ex *l. 10. & l. 12. D. de pignoratitia actione* manifestum est. Age igitur, ducem sequenti hanc Gaji Inscriptiorem, audeamus Gajum retrahere a fuga in qua hætenus fuit; & ultro ad verum ejus sententiam reducemus. Igitur respexit Gajus in *d. l. 9. §. 1.* ad pignoratitiam actionem, quam sub Titulo *De Pignoratitia actione, lib. 9. Ad Edictum provinciale,* exposuit: non ad formulam hypothecariam, de qua libro singulari *De formula hypothecaria* (ex quo libro sunt *l. 4. & l. 15. D. de pignoribus & hypothecis*) disputavit; forte & extrema Edicti parte sub Titulo *De pignoribus & hypothecis:* sic enim facere solitos fuisse Veteres, vel Justiniano teste intelligitur *l. omnem §. 4. De conceptione Digestorum.* Neque vero parum refert, utrum ad hanc, an ad illam, actionem hoc Gaji Fragmentum referatur. Nam ut pignoratitia competat, (quæ actio *de pignore dato* dicitur *l. 42. D. de pignoratitia actione, & l. 2. D. de pignoribus & hypothecis*) nihil opus est, rem pignoris jure obligari; sed sufficit, rem pignori datam esse, quamvis jure pignori obligata non sit. ut autem hypothecaria actio locum habeat, non satis est, rem pignori datam esse; sed eam pignoris jure obligatam esse oportet. Hæc tam varie; quia hypothecaria, cum in rem actio sit, creditori datur adversus quemlibet pignoris possessorem: utique, si probet, eam rem de qua convenit, ut pignori sibi sit, sibi pignoris jure teneri: nam tum eam, quocumque in loco sit, jure persequitur. quod si creditor quidem dicat, rem sibi pignori datam esse; sed eam sibi jure obligatam esse, non probet; non recte postulat, sibi a possessori restitui pignus quod ei jure obligatum non est: quia non est ejus pignus; & ideo in pari causa melior est possidentis conditio, quam creditoris qui non possidet. Tantum de actione hypothecaria. Superest pignoratitia. ea non in rem, sed in personam, est; neque adeo rem pignoratam sequitur, neque ejus possessorem; sed tantum inter debitorem & credito-

rem

rem qui utique de pignore dato acceptoque contraxerunt, vim suam exlerit. Neque iniquum est, eos inter quos commercium fuit, ex mutua conventionne invicem sibi teneri; etsi res de qua consenserint, ut pignori esset, jure obligata non sit. Proinde si aliena res pignori data sit; non potest eam creditor a quocumque possessore vindicare jure pignoris: quia non potest dicere, hoc jure sibi teneri rem, quæ ei obligata est ab eo, qui non habebat jus obligandi rem, quæ ejus in bonis, cum conveniret, non erat. Atque hoc in hypothecaria actione Imperatores ostendunt in *l. 6. C. Si aliena res pignori data sit*; amplius Gajus noster *lib. sing. De formula hypothecaria in l. 15. §. 1. De pignoribus & hypothecis*. Non idem est in pigneratitia, ut enim aliena res, si quando pignori detur, a creditore libera maneat, tamen contrahentium personæ ultro citroque de ea pignori data acceptaque tenentur. finge: debitor rem alienam creditori dedit, ut eam pignori habeat, donec ei debitum solvatur. mox debitor ei debitum solvit. quamquam non valuit alienæ rei pignus; tamen rationis est, ut creditor debitori ad restituendam rem quam ab eo tantum in debiti securitatem accepit, eo soluto, actione directa teneatur. convenit enim ita; interque eos commercium fuit. Nec verbis opus: hoc Ulpianus indicat; cum *libro 28. Ad Edictum* quo libro actionem pigneratitiam interpretatus est, *Is quoque inquit, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneratitia experiri l. 9. §. 4. D. de pigneratitia actione*. Idem Ulpianus

& de actione contraria testatur *pr. ejusdem capitis, Si, inquit, rem alienam mihi debitor pignori dedit, dicendum est, locum habere contrarium judicium*. Quin Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 6. C. Si aliena res pignori data sit* contrariam pigneratitiam hac in specie cum hypothecaria comparant; cum ajunt, *Quæ prædium in filios a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori, se magis contrario pignoratitio obligat judicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter jure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuerint*. Igitur si non actio hypothecaria, sed pigneratitia, quæstioni sit; nil causæ est, quo minus res aliena sicut emi & vendi, ita pignori dari, possit: quamquam non ut pignori obligetur; sed ut debitor & creditor invicem sibi actione pigneratitia teneantur. nam aliena quoque res distrahi posse dicitur *l. 28. D. de contrahenda emptione*: non quod venditione a non domino facta, alienari videtur; sed quod venditor cui cum emptore commercium est, cum eo de alienæ rei venditione contrahere potest, sicut se ad rei traditionem obliget; & si non tradat, emptori actione ex empto teneatur ad id quod ejus interfit, eam sibi traditam esse. Hoc igitur sensu Gajus *d. l. 1. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*, *Quod, inquit, emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*. Sed is sensus ex loci Inscriptione nimis manifestus est: quamquam miror, eam Inscriptionem non animadvertisse doctissimos Juris Interpretes.

CAPUT VIII.

Ad peremptorium edictum non veniri post tria, sed post duo, edicta. Restituta Ulpiani verba quæ luxata hætenus sunt in l. 68. & l. 70. D. de judiciis: & Hermogenianus l. 53. D. de re judicata correctus explicitusque.

UT in humano corpore, sic in sermone, si quod luxatur membrum, ejus usus plerumque aut nullus est, aut certe non verus. Id adeo uno ostendam exemplo, sed pulchro, quod se nunc mihi offert. Ulpianus *l. 68. l. 70. & l. 72. D. de judiciis* quæ omnes sunt ex eodem *lib. 8. Disputationum*, ita scribit de ordine edicti peremptorii.

Ad peremptorium edictum hoc ordine venit, ut primo petat quis post absentiam adversarii edictum primum; mox alterum; & tertium: quibus propositis, tunc peremptorium impetret. quod inde hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptionem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari. Nonnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta quæ præcesserint datur: nonnunquam post unum vel alterum: nonnunquam statim quod appellatur unum pro omnibus.

Hanc scripturam cuncta exhibent exemplaria: nec dubito, an male, quærit enim Ulpianus, quemadmodum jure & ordine perveniatur ad peremptorium edictum; id est, hoc quo (ut idem Ulpianus *l. 71. D. eod. tit.* definit) is qui edictum dat, comminatur, etiam absente diversa parte cogniturum se & pronuntiaturum; ac si receptæ servimus scripturæ; ait Ulpianus, ad id tum veniri, cum tria præcessere edicta, quibus non paruerit reus. Quod non esse verum, tam certum habeo, quam quod est certissimum. sufficit enim, ut peremptorium edi-

ctum obtineatur, duo præcessisse edicta; tria præcessisse, non oportet. ita peremptorium edictum non est quarum edictum, sed tertium; etsi recepta scriptura velit, quartum esse. Sed hanc refutant Diocletianus & Maximianus; cum in *l. 9. C. Quomodo & quando judex* sic scribunt. *Tres denuntiationes ad peremptorii edicti vicem adversus contumaces convalescere, salubriter constitutum est*. Sensus enim Imperatorum est, Etsi peremptorium edictum proprie dicatur, cum is qui edictum dat, comminatur, etiam absente parte se cogniturum & pronuntiaturum: eum tamen si nulla intervenit comminatio, non prohiberi, adversus absentem qui admonitus noluerit judicio adesse, sententiam proferre: (quod & Gordianus observat *l. 2. C. eod. tit.*) modo eum trina admonuerit denuntiatione. quamquam enim proprie cesset causa peremptorii edicti, cum nulla facta comminatio est, tamen tres denuntiationes pro peremptorio edicto valere, salubriter constitutum esse. Sic illi. Idem probat Hermogenianus *l. 53. D. de re judicata*, *Contumacem, inquit, esse qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium appellatur, literis evocatus, presentiam sui facere contemnet*. Scribo, *Contumacem esse, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium vocatur, tribus vel literis evocatus, presentiam sui facere contemnet*. Vocatur enim reus ad Judicem vel edictis, vel literis, vel denuntiationibus; & si sic tertium vocatus, sui copiam non facit, contumax habetur.

Paulum audi lib. 5. *Sentent. tit. 5. Trinis* (inquit) *literis vel edictis, aut uno pro tribus dato, aut trina denuntiatione conventus, nisi ad iudicem a quo sibi denuntiaturum est, aut cujus literis vel edictis conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet.* Non igitur impetratur edictum peremptorium post tria edicta, sed post duo. Nec tamen ignoro, ad peremptorium aliquando veniri post tria: talemque casum adferri a Paulo l. 55. *D. de iudiciis*, verbis sequentibus. *Edictum quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum commutari debet. Plane licet (omnis) ab antecessore numerus finitus sit, solet successor unum edictum dare.* Sed Ulpianus d. l. 68. § 70. non quid aliquando, sed quid plerumque, fiat, definit: quid vero

interdum extra ordinem observetur, demum exponit l. 72. *D. eod. tit.* Quid igitur est? ego sic censeo, in d. l. 68. § 70. loco mota esse duo verba: quibus restitutus, nihil esse quod in Ulpiano desideretur. ea verba sic restituo.

Ad peremptorium edictum hoc ordine venit: ut primo petat quis post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum: quibus propositis & tertium tunc peremptorium impetret. quod inde hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari. Nonnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta quae praecesserunt datur: nonnunquam post unum vel alterum: nonnunquam statim quod appellatur unum pro omnibus.

CAPUT IX.

*Si quas in fundo lapidicinas, cretifodinas, arenifodinas, aut quaecumque alia metalla, exercuit dominus proprietatis; his fructuarium uti posse, legato fundi usufructu. Quid, si dominus nulla exercuit? adhuc fructuarium instituere ea posse, quibus nihil agricultura nociturus sit. Quid, si in iis quae instituere velit fructuarius, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis? an potest ea deicere? non videri. Ulpianus l. 13. §. 5. *D. de usufructu liberatus interpolatione plane turbulenta & male coherente.**

A Ut me fallit conjectura, aut habeo causam, cur suspicer, non satis bene atque æquabiliter se haberet Ulpiani in l. 13. §. 5. § 6. *D. de usufructu*: nam dissident & pugnant ulque adeo; ut metum, ne quid, invito Ulpiano, irreperit in locum optimum: quod nisi quo interdicto de possessione iniqua deiciatur, Ulpiano mentem excussurum sit. Sed prius, quam id ostendam, considerabo ejus verba quae sunt in l. 9. §. 2. § 3. *D. de usufructu*. Ea verba sunt.

Sed si lapidicinas habeat, & lapidem cadere velit, vel cretifodinas, vel arenas, omnibus his usum Sabinus ait, quasi bonum patrem familias. §. 3. Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur usufructus, non partium: contineantur legato.

Ulpianus censet, cum legatus est fundi usufructus, legatum intelligi non alicujus partis, sed totius fundi, usum fructum. proinde posse fructuarium fundo toto, atque omnibus ejus partibus, uti frui: denique, si lapidicinae sint, & lapidem cadere velit, vel cretifodinae, vel arenas, (Plinius lib. 36. *Nat. histor. c. 36.* tria facit harenæ genera, fossitiam, fluviatilem, & marinam) ait Ulpianus, omnibus his, velut partibus usum, exemplo boni patris familias. Sed & si hæc metalla (generale id vocabulum est cujuscumque rei quae e terræ fodinis eruitur: ut in l. 13. §. 5. *D. eod. tit. l. 3. §. ult. D. de rebus eorum qui sub tutela, & alibi*) post usum fructum demum legatum sint inventa, etiam ipsorum usum fructum, quasi partium fundi, legato contineri. Et recte: nisi quis vereri possit, ne fructuarius, institutis a se metallis, non videatur prædio rustico boni viri arbitrato uti frui; cum ea ad fundi culturam, remque rusticam, parum pertineant. Sed non hoc periculum est. etsi enim proprie ad agriculturam non spectent metalla; patrifamilias tamen bono & diligenti, si in quo agro idonea esse possint, negligenda

non esse, commode Varro opinatur lib. 1. *Dere rustica c. 4.* verbis sequentibus. *Sed neque lapidicina neque arenaria ad agriculturam pertinent, sic figlina, neque ideo non in quo agro idonea possint esse, non exercenda, atque ex eis capiendi fructus.* Potest igitur fructuarius, si Ulpiano fides, vel vetera metalla exercere, vel nova instituere.

Nec tamen hoc semper ei concedi, Ulpianus opinatur d. l. 13. §. 5. § 6. *D. de usufructu*. Verba Ulpiani, quia ad diligentius examen vocare constitui, apponam. Ea verba sunt.

Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit: ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & aris, & ferri, & ceterorum fodinas, vel quas patrifamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agricultura nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis quae fuerunt: forsitan etiam haec deicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. Si tamen, quae instituit usufructuarius, aut caelum corrumpant agri, aut magnum apparatus sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius: non videbitur viri boni arbitrato frui.

Quid hic Ulpianus? primum ait, fructuario jus esse, lapidicinas, vel cretifodinas, instituere, si quae in fundo idoneae esse possint; etiam si nullae sint a domino institutae: nec tamen hoc semper jus esse; sed, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. scilicet, quia aliter existimantibus, non videretur fundo, salva ejus conditione, denique boni viri arbitrato, frui. Deinde hinc infert Ulpianus, quod potest quoque fructuarius venas lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere. Præterea potest auri,

auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas exercere, si quas paterfamilias, id est, proprietarius, instituit. quod si is nullas exercuit; adhuc ipse novas instituere potest: utique, si nihil agricultura nocebit. sic enim rursus definit Ulpianus; & hanc causam addit, quæ verissima est; quod ei permittitur meliorare proprietatem: dum (sic opinor) ejus qualitatem non immutet: hoc vero non facit; si ex agricultura quæ fuit, nihil in formet, tollatve: ut, si neque vineas, neque arbuta, neque oliveta, quæ fuerint, deiciat. Quamquam hoc quoque casu, si quæ instituat fructuarius, magnum apparatus sint desideratura, forte opificum, vel legulorum, quæ sustinere nequeat proprietarius, non videtur Ulpiano, boni viri arbitratu uti frui. Idque convenit huic Veterum præcepto, apud Columellam, lib. 1. *De re rustica* c. 1. *Qui studium agricolationi dederit, antiquissima sciat hæc sibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi.* Idem esse, Ulpianus ait, si quæ instituit fructuarius, cælum corrumpant agri. Nam & Varro lib. 1. *De re rustica* c. 5. *Utilissimus, inquit, is est ager, qui salubrior est, quam alii, quod ibi fructus certus, contraque in pestilenti calamitas quamvis in feraci agro colonum ad fructus pervenire non patitur. Et enim ubi ratio cum orco habetur, ibi non modo fructus est incertus, sed etiam colentium vita. Quare, si salubritas non est, cultura non aliud est, quam alea domini vite, ac rei familiaris.* Sic, si fructuarius, institutis a se fodinis, nihil principaliter agriculturæ nocebit. An idem dicemus, si vineas, vel arbuta, vel oliveta, quæ fuerint, velit deicere? sed non puto. non enim dubito, quin agriculturæ sic palam nociturus sit. quod eum facere, non vult Ulpianus. Nam ad agriculturam omnia hæc pertinere, vel Cato ostendit, *De re rustica* c. 1. *Prædium, inquit, quod primum fiet, si me rogabis, sic dicam. De omnibus agris optimoque loco si emeris jugera agri centum, vinea est prima, si multo vino fiet, secundo hortus irriguus, tertio salicetum, quarto oleum, quinto pratum, sexto campus frumentarius, septimo silva cadua, octavo arbutum, nono glandaria silva.* Verum pone, e metallis majores sperari redditus, quam e vineis, olivetis, aut arbutis. quid dicemus? dejecturum ea fructuarium? absit. Atqui Ulpianus d. l. 13. §. 5. *D. de usufructu*, *Et si forte, inquit, in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis quæ fuerint: forsitan etiam hæc deicere poterit.* Qui potest? ut enim præteream, *spem* (auctore Seneca *epist.* x.) incerti boni nomen esse: quis nisi stultus, aut insanus, vineas, vel arbuta, vel oliveta, metallis mutet magnis præsertim impensis, quas ex fodinæ desiderant, nisi ex his majores speret redditus, quam ex vineis, arbutis, aut olivetis? nemo unus. non enim fodinæ ad amœnitatem, in quam impensæ etiam stultæ & inanes plerumque fiunt, sed totæ ad utilitatem, referuntur. Ulpianus tamen non patitur, fructuarium metalla instituere, nisi si non sit necessariam agri partem huic rei occupaturus, neque agriculturæ nociturus. Igitur, si ad Ulpianum spectamus, non debet fructuarius, quo ex metallis majores inveniat redditus: quam ex agricultura, vel vineas, vel arbuta, vel oliveta, deicere: quia non debet metalla instituere spe majoris utilitatis; nisi his non sit necessariam agri partem occupaturus, nec agriculturæ nociturus. Et, si remputamus, quod fructuario jus est, constituto ei non dominio quod fructu libero atque infinito censeretur, sed usufructu, hoc est, fructu qui

Noodt Operum Tomus I.

usu coërcetur, & ideo proprietarii modo ac rei conditione circumscribitur, ut de domini utilitate, eo invito, disponat; & alieni fundi usum alium faciat, quam ei dominus concessit? Atque hoc Neratius in domus usufructu indigitat l. 4. *D. de usufructu*: nec is tantum, sed Ulpianus quoque l. 7. §. ult. & l. 1. *D. eod. tit.* Adeo, quoties de fructuarii jure disputatur, numquam quæritur, quantos percipiat fructus, sed an eos quos percipit, ad rei conditionem percipiat. An aliud agit Ulpianus l. 13. §. ult. *D. eod. tit.*; cum ait, si domus usufructus legatus sit, fructuarium illic meritoria facere non debere; nec domum per cœnacula dividere; nec balneum ibi facere; & si balneum sit in domo, usibus dominicis solitum vacare, non recte, nec ex boni viri arbitratu, facturum, si id locare cœperit, ut publice lavet? Sed res certa; & subjicit Paulus l. 14. *D. eod. tit.* *Licet multo minus ex ea re fructum percipiat.*

Scio, Dionysium Gothofredum, V. Cl. ad d. l. 13. §. 5. lit. E. existimare, domum a fundo separandam esse: & si quidem fundi usufructus sit; eum a fructuario vel formæ mutatione meliorem fieri posse: si domus; non posse: alteroque casu annonæ utilitati, altero urbis decori adversus ruinas, consuli. Sed ea Gothofredi sententia minime vera est. Primum enim quod periculum est, ne urbs ruinis deformetur; si fructuarius ædium parietibus qui rudes essent, novum tectorium, id est, novam incrustationem, velit imponere? Negat tamen Neratius, facturum id suo jure fructuarium d. l. 44. *D. de usufructu*. Sed & si balneum in intima domo solitum sit vacare dominicis usibus, atque id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet; aut si in domo diversoria, vel alia meritoria, facere velit: quis metuat, ne sic ruina deformetur urbis dignitas? Tamen hæc & similia fructuario concedenda esse, Ulpianus negat d. l. 13. §. ult. nec aliam ob causam, quam quod non recte, nec ex boni viri arbitratu, facturum sit. Non igitur placet Gothofredi sententia, quantum attinet ad urbana prædia. Nec felicior est circa rustica. Quid enim annonæ cum lapidicinis aut metallis de quibus loquitur Ulpianus d. l. 13. §. 5. cum præsertim non hic quærat Ulpianus, utrum lapidicinæ, aut metallifodinæ, a fructuario possint converti in agros fertiles; sed an vineæ, vel arbuta, vel oliveta, possint a fructuario deici, ut venas lapidicinarum & hujusmodi metallorum inquirat. Qua in re tantum abest, ut annonæ favor vertatur, ut e contrario quærat, an agriculturæ nocere possit fructuarius lapidicinis & metallifodinis institutis; modo si ex his majores redditus, quam ex vineis, arbutis, vel olivetis, denique ex agricultura, sperare possit. Non igitur probari potest Gothofredi sententia: verumque est, fructuarium neque a domus, neque a fundi, conditione recedere posse; sive deteriorem, sive meliorem, utilioreque, domum aut fundum facere velit. Nec jam verbis opus. id ipsius testimonio Ulpiani intelligitur: cum §. 4. d. l. 13. hoc est, eo in loco ex quo in §. 5. insequente deinde ad metallifodinas, lapidicinasque, illationem facit, sic scribit. *Si forte voluptare fuit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes, arboribus infestis opacas atque amœnas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad redi-*

eum spectet. Postremo nec hoc omitam, quod Ulpianus §. 6. *eiusdem capituli*, id est, hoc ipso in loco quo de agitur, scribit, fructuarium, si instituat metalla quæ aut agri cælum corrumpant, aut maiorem apparatus sint desideratura, quam iustinare possit proprietarius, non videri boni viri arbitratu frui. Hoc enim quo pertinet? nisi ut probet, eum, quamvis ex metallis majores, quam ex agricultura, redditus sit percepturus, tamen agriculturæ quam invenit, conditionem mutare non posse.

Hæc, inquires, quo pergunt? nempe, ut ostendam, hunc versum qui est §. 5. *d. l. 13.*

Et si forte in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc deicere poterit.

male misceri Ulpiani verbis; cum sit alicujus Interpretis, Veteris quidem, sed qui neque ad Ulpiani mentem, neque ad juris rationem, attendit; & sequentia Ulpiani verba, *Siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, inconsideratius explicuit. An cui probabile sit, Ulpianum, id est, hominem doctum, gravem, ac sapientem, in re minime controversa, scripsisse secum & cum Civili Jure tam manifeste pugnantia? mihi non videtur. Nec tamen ignoro, eum versum etiam apud Græcos extare, *Basilic. lib. 16. tit. 1. tom. 2. pag. 250.* Sed id non alio pertinet, quam ut appareat, eo jam olim deformatum fuisse Ulpianum, igitur quamquam hunc Græci quoque indigent, tamen ne Ulpiano somnus, ne quid gravius dicam, surrepsisse videatur, ego eum interpolatione tam seditiosa & male

cohærente liberandum censeo. Quo autem clarior fiat Ulpianæ forma dissertationis, uno conspectu integram exhibebo, conjunctis verbis §. 4. 5. & 6. *d. l. 18.*

§. 4. *Fructuarium causam proprietatis deteriore facere non debet: meliorem facere potest. † Et aut fundi est ususfructus legatus, & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis. † Et si forte voluptare (sic lego) fuit prædium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amœnas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad redditum spectat. §. 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et (ego) puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. † Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agricultura nocebit, * siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. Si tamen, quæ instituit ususfructuarium, aut cælum corrumpant agri, aut magnum apparatus sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non potest sustinere proprietarius: non videbitur boni viri arbitratu frui.*

* *

* Et si forte in hoc, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis, quæ fuerunt: forsitan etiam hæc deicere poterit.

CAPUT X.

An fructuarium, legato fundi ususfructu, ex venatione vel aucupio habeat questum redditumve, si quæ in fundo sint vivaria aut ornithones? Et quisnam ille questus & redditus sit? Quid, si venationes aut aucupia sint in fundo non circumsepto? Fructus pro ferarum fœtibus. Exercere feras, quid? Tryphoninus extricatus l. 62. pr. & §. 1. D. de usufructu.

SI cui legatus sit fructus fundi, in quo sint venationes, aut aucupia; satis pulchræ quaestionis est, an & quemadmodum illorum questus aut redditus ad fructuarium spectet? Nam quidquid in fundo nascitur, vel ex fundo percipi potest, ipsius demum fructus est *l. 9. D. de usufructu*; feræ autem & aves quæ in fundo sunt, neque nascuntur ex fundo, neque ex fundo percipiuntur; quippe quum nihil, nisi quod terra se tenet, fundi sit *l. 15. l. 16. & 17. D. de actionibus empti & venditi, l. 21. D. de instructo vel instrumento legato*. Non igitur feræ, avesque, venatione aut aucupio captae a fructuario, ejus fiunt jure ususfructus. Quamquam quia nullius sunt, quamdiu naturali libertate fruuntur, non absurde dicatur, fructuarium feram aut avem, si quam capiat in saltibus vel montibus possessionis cujus usumfructum habet, suam facere gentium jure, posset enim in saltibus vel montibus venari, etsi non haberet fundi usumfructum; nisi a domino prohiberetur, fundum ingredi venandi gratia *l. 3. §. 1. D. de acquirendo rerum dominio*, quid nimirum possit, cum usumfructum habet; per eumque

accepit jus ingrediendi fundum, etiam invito domino?

Cæterum, si in fundo sint vivaria quæ A. Gellius, *lib. 2. Nocturnum Atticarum c. 20.* interpretatur septa loca in quibus feræ vivæ pascuntur; aut ornithones quæ eidem Gellio ex Varrone, *lib. 3. De re rustica c. 2.* sunt omnium alitum quæ intra parietes villæ solent pasci; puto, quia ad hoc habetur fundus, ut ex venatione, aut aucupio, fructus aut redditus percipiantur, auctore Varrone *d. lib. 3. c. 1. & seqq.* magis esse, ut questus qui ex feris aut avibus percipi potest, in fructu sit *l. 26. D. de usuris*; denique fructuarii fiat jure ususfructus *l. 9. §. 5. D. de usufructu*; quippe jam feræ & aves quæ septis aut ornithonibus inclusæ sint a fundi domino, domini fundi sunt *l. 3. §. 14. & 15. D. de acquirenda possessione*; & quamvis non sint fundi, tamen in fundi instrumento habentur *l. 10. l. 11. l. 12. §. 12. & 13. D. de instructo vel instrumento legato*, cujus instrumenti ususfructus, nisi contraria sit testatoris voluntas, ad fundi fructuarium pertinet *l. 15. §. 6. D. de usufructu*.

Atque

Atque huc tendit Tryphoninus l. 62. pr. §. 1. *D. de usufructu*; sed quia obscuriore via, quam fortiter res velit, dabo operam, ut ei aliquam affundam lucem; & quæstionem curiosæ definitionis paulo distinctius explicem. Verba Tryphonini.

Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur: nec aprum vel cervum quem ceperit, proprium dominicabit. sed fructus aut jure (civili) aut gentium suos facit. §. 1. Si vivariis inclusa fera in ea possessione custodiebatur, quando usufructus cœpit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? alias, si quas initio inclusit operis suis, vel (post) sibi met ipsa inciderint, delapsæve fuerint, hæ fructuarii juris sint? commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii, propter discretionem difficilem, jus incertum sit, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito usufructu, domino proprietatis assignare, qui fuit cœpti usufructus tempore.

Quia Tryphoninus meminit saltuum vel montium possessionis, obiter dicam, quod saltum Gallus Aelius, libro significationum quæ ad jus pertinent, apud Festum sic definit. *Saltus est, ubi silva & pastiones sunt, quarum causa casa quoque. Si qua particula in eo saltu pastorum aut custodum causa aratur, ea res non peremit nomen saltus.* Dixi, quid sit saltus nunc reliqua persequar. Tryphoninus significat, usufructuarium in saltibus vel montibus possessionis, id est, in saltibus vel montibus fundi, cujus usum fructum habet, sive ibi vivarium sit, sive non sit, venari posse; ac, si quem aprum aut cervum capiat, non proprium domini, id est, non utique, sive non semper, proprium domini capere. nam si vivarium non sit in possessione; aprum aut cervum, qui in ejus montibus aut saltibus non circumseptis patcatur, nullius esse; captumque a fructuario, ejus fieri, non usufructus, seu civili, sed gentium jure. quod si vivarium eo in fundo sit; in eoque vivario feram a domino inclusam capiat fructuarius: propriam domini capere; & captam neque civili, neque gentium, jure suam facere: tantum illi jus esse, ea, quasi fundi instrumento, uti frui, salva substantia. Dixi de fera quæ nullius, etiam de ea quæ proprietarii, sit. Nunc de utriusque fœtu videndum. de eo sic Tryphoninus. *Sed fructus aut jure civili aut gentium suos facit.* Tryphoninus fructus pro fœtu accipit. quomodo Manilius lib. 4. utitur, ita de ariete loquens,

*In jugulumque dabit fructus, & mille per artes
Vellera, diversos ex se parientia quæstus.*

Sed & Gajus l. 28. *D. de usuris*, *In pecudum*, inquit, *fructu etiam fœtus est: sicuti lac pilus, & lana.* Apud Varronem quoque lib. 3. *De re rustica* c. 2. sic extat, *In plano cohors in qua pascebantur gallinae, & earum fructus erant ova, & pulli.* Distinguit igitur Tryphoninus feram a fructu, id est, ab ejus fœtu: & vult, quamquam fera fructuarii non fiat occupatione, nisi cum nullius est, ut si vivario inclusa non sit: ejus tamen fœtum occupatione semper fructuarii fieri vel gentium, vel civili, jure: & gentium quidem; si ipsa fera, id est, mater, nullius fuerit, fundo non circumsepto: civili vero; si ea domini sit, ab eoque in fundi instrumento habeatur. Quæso, cur ita? quia hoc casu fœtus, et si ipse quoque domini sit l. 2. *D. de acquirendo rerum dominio*, tamen si a fructuario capiatur, ex fundi instrumento, quasi ejus fructus, domini voluntate, id est, jure usufructus, percipi-

Noody Operum Tomus I.

tur. Finge; (quod est exemplum §. 1. d. l. 62.) vivaria sunt in possessione; & cum cœpit usufructus, his inclusæ feræ, puta, apri, vel cætera silvestria animalia, in possessione custodiebantur; (pro Veterum more de quo M. Varro, etiam A. Gellius, *dd. locc.* & Plinius lib. 8. *Natur. histor.* c. 52.) quærit Tryphoninus, utrum fructuarius eas exercere quidem possit, occidere autem non possit? Ea quæstio his Tryphonini verbis continetur, *Num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit?* Sed, quod addendum, inhæret huic quæstioni tacita responsio; etsi non appareat palam: usitata Veteribus ratione quam observat Quintilianus, lib. 9. *Inst. Orat.* c. 2. & nos alibi indicamus. sensus Tryphonini: Si, cum cœpit usufructus, vivariis inclusæ feræ, in ea possessione custodiebantur: poterit quidem fructuarius eas exercere; sed non poterit occidere. *Exercere autem feras* quid sit, nondum (quantum scio) extricarunt præclari Juris Interpretes. Sunt qui exercere feras sic accipiant apud Tryphoninum, quasi significet, *feras venari.* Accursius exponit, *cum feris ludere*: eamque sententiam sequitur Vir Clarissimus, A. Dadinus Alteserra, ad Tryphonini lib. 7. *Disputationum*, in expositione d. l. 62. nam *feras exercere* interpretatur, *eas dumtaxat agitare delectationis causa.* Sed non hæc egit Tryphoninus. dixit is, *fructuarium feras exercere*, pro feras habere ex quibus quæstum capiat, salva earum substantia. Quo sensu Ulpianus in l. 4. §. 2. *D. edendo*, *Labeo*, inquit, *scribit, patrem non cogendum (edere): nisi sciente eo argentaria exercetur. Sed recte Sabinus respondit, tunc id admittendum, cum patri quæstum refert.* Similiter ait Ulpianus, *navem, cauponam, stabulum*, exerceri l. 1. §. 2. §. 5. *D. Nauta, caupones, stabularii*; cum navis, caupona, aut stabulum, habentur, ut ex his quæstus percipiantur. *Et exercitorem esse ad quem obventiones omnes & redditus perveniunt; sive is dominus navis sit, sive, & reliqua l. 1. §. 15. D. de exercitoria actione.* Eodem sensu ait, fructuarium & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, *fodinas exercere l. 13. §. 5. D. de usufructu*; cum ex his redditum habet. Sed &, *Instrumentum esse apparatus rerum diutius mansurarum sine quibus exerceri nequiret possessio l. 12. D. de instructo & instrumento legato*: id est, sine quibus fructus ex possessione percipi nequiret. Similiter Nonius c. 4. *De varia significatione sermonum*, hoc exercere, in eo Virgilii, lib. 1. *Georgic.* *Exercetque frequens tellurem atque imperat arvis*, exponit, *In meliorem usum & fructum formare.* Igitur si, cum cœpit usufructus, feræ vivariis inclusæ, in ea possessione, seu eo in fundo, custodiebantur; ait Tryphoninus, fructuario quidem jus esse, eas exercere, id est, ad redditum, habere; sed non occidere. Quod si est: potest fructuarius ex feris quas a domino inclusas reperit, fœtus percipere, quos occidat vel ad epulas suas, vel ut macello vendat, quasi earum fructus, seu redditus; sed non potest ipsas quoque feras, a domino inclusas, occidere; sive velit eas suis lautitiis, sive macello, inservire. Atqui utrumque domini proprietatis jus est. Scio; & docuit me Varro *dd. locc.* Etiam Columella, *De re rustica* lib. 9. c. 1. sequentibus verbis, *Fera pecudes, ut capreoli, damæque, nec minus orygam, cervorumque genera & aprorum modo lautitiis ac voluptatibus dominorum serviunt, modo quæstui ac redditibus.* Idem in Præ-

fatione ejusdem libri. *Mos antiquus lepusculis capreisque ac similibus feris juxta villam plerumque subiecta dominicis habitationibus ponebat vivaria, ut & conspectu suo clausa venatio possidentis oblectaret oculos, & cum exegisset usus epularum, velut e cella promerentur.* Sed non quod domini proprietatis jus est, etiam hic fructuarii jus esse, instrumenti usufructus patitur. Igitur si, cum cœpit usufructus, feræ vivariis inclusæ, in ea possessione custodiebantur, potest eas fructuarius exercere, id est, ad redditum & quæstum habere: occidere non poterit. Quid, si quas ipse initio operis suis inclusit, vel si quæ sua sponte inciderint, delaplæve fuerint? ait Tryphoninus, has fructuarii juris, id est, domini fructuarii, fore. Et recte: nam ante nullius fuerunt; vivario autem inclusæ a fructuario, ab eo & possideri, & adquiri, intelliguntur l. 3. §. 14. D. de acquirenda possessione. Possunt igitur ab eo non tantum exerceri, hoc est, ad fœtus generationem, sive ad fructum & redditum haberi; sed etiam occidi in usum epularum aut macelli jure domini. Cæterum, quia difficilis fuerit discretionis, quæ animalia ex singulis generibus in vivariis fuerint constituti usufructus tempore, & quæ deinde ex his nata, aut fructuarii

operis in ea dilapsa sint; eaque obscuritate facile incertum, ac prope inutile, fiat jus usufructus: eam ob causam putat Tryphoninus, huc decurri oportere, ut fructuarius aliquo juvetur temperamento adversus Juris subtilitatem. Id temperamentum sive Eurenaticum his ejus verbis continetur. *Commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii, propter discretionem difficilem, jus incertum sit, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito usufructu, domino proprietatis assignare, qui sum cœpti usufructus tempore.* Tryphoninus significat, fructuarius, ne ob difficilem discretionem, utrum animalia ante constitutum usufructum jam in vivariis fuerint, an post demum in ea illapsa, ibive nata, fuerint, jure suo uti impediatur, posse & hæc & illa occidere: modo si domino proprietatis, finito usufructu, per singula quæque ferarum genera eundem assignet numerum, qui fuit tempore cœpti usufructus. Quod sane æquum est, sed neque intolens nostris est, propter difficilem discretionem, quid indulgere quod alioquin non esset licitum. Id tamen quia ab Accursio observatum est, non agam actum.

CAPUT XI.

Lacus & stagna clausa non distingui a piscinis, neque silvas circumseptas a vivariis, sive leporariis. Vindicata Francisci Hotmani V. CL. emendatio in l. 3. §. 14. D. de acquirenda possessione, improbata Accursii, Jacobi Cujacii, Hugonis Grotii, aliorumque Clarissimorum Virorum, sententia.

Quia superiore capite feci mentionem l. 3. §. 14. D. de acquirenda possessione; non intemptivum fuerit, ne quæ super sit eo in loco difficultas, monere, eum corrupte circumferri in omnibus codicibus, & a Francisco Hotmano, V. CL. lib. 8. *Observ. c. 7.* sic optime restitui. *Feras bestias, quas vivariis incluserimus, & pisces quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces qui in stagno sint, aut feras quæ in silvis non circumseptis vagantur, a nobis non possideri: quoniam relictae sint in libertate naturali alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere. quod falsum est.* Vulgo scribitur, in silvis circumseptis; eamque scripturam, ne de aliis dicam, sequutus Jacobus Cujacius, lib. 4. *Observ. c. 2.* Sed verissime legit Hotmanus, in silvis non circumseptis: præfatus, quod Paulus d. l. 3. §. 14. pisces qui piscinis inclusi sunt, his qui in stagno sunt, opponit; sicut feras quæ vivariis coërentur, opponit iis quæ in silvis non circumseptis vagantur. Quod probo: idemque recte affirmat, et si non allegato Hotmano, Dionysius Gothofredus, *Notis ad d. l. 3. §. 14.* Quid enim sunt piscinæ, nisi lacus & stagna clausa in quibus vivi pisces pascuntur? A. Gellium audi d. lib. 2. *Noct. Attic. c. 20.* *Lacus & stagna quæ piscibus vivis coërentur clausa, suo atque proprio nomine piscinas nominaverunt.* Quid vivaria, nisi septa, sive sint silvæ circumseptæ, sive quæ alia circumseptas loca in quibus feræ vivæ pascuntur? Idem Gellius d. loc. *Vivaria quæ nunc dicuntur septa quedam loca in quibus feræ vivæ pascuntur,*

M. Varro in libro de re rustica tertio dicit leporaria appellari. Inde septum pro leporario, sive vivario, apud Varronem d. lib. 3. c. 11. & 12. Sat scio, dices, vivaria a silvis circumseptis spatium distingui: vivaria enim esse parvi spatii; silvas circumseptas majoris, atque ita Accursius definit, *Gloss. ad d. l. 3. §. 14. lit. X.* nec quisquam, quantum memini, Accursio hætenus respondit: imo plerique ei assentiuntur; in quibus & Hugo Grotius, V. CL. lib. 2. *De jure belli & pacis c. 8. §. 2.* Sed, quod multa eorum pace dixerim, qui sic sentiunt, errant toto cælo. Clare Varro d. lib. 3. cap. 2. *Sic in secunda parte, ac leporario pater tuus, Axi, præterquam lepusculum e venatione vidit nunquam. Neque enim erat magnum id septum, quod nunc ut habeant multos apros, ac capras, complura jugera maceris concludunt.* Et clarius c. XII. ejusdem libri de Q. Hortensii leporatio. *Silva erat (ut dicebat) supra quinquaginta jugerum maceria septa, quod non leporarium, sed & νεῖ, τρεῖς ἴσθι, appellabat.* Rursus c. XI. *Ac nomine antiquo a parte quadam leporarium appellatum. Nam neque solum lepores in ea includuntur silva, ut olim in jugero agelli aut duobus, sed etiam cervi, aut capreae in jugeribus multis.* Q. Fulvius leporarium dicitur habere in Tarquiniensi septum jugerum XL in quo sunt inclusa non solum ea quæ dixi, sed etiam oves feræ, etiam hoc majus in statonensi, & quidam in locis aliis. In Gallia vero transalpina T. Pompejus tantum septum venationis, ut circiter triginta millium passuum locum inclusum habeat.

CAPUT XXII.

Neratii locus sane difficilis qui est in l. 61. pr. §. 1. D. de usufructu, expeditus.

QUæso, quid significat Neratius l. 61. pr. §. 1. D. de usufructu? cum sic scribit.

Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere. §. 1. Edificium inchoatum fructuarius consummare non posse placet; etiam si eo loco aliter uti non possit. sed nec ejus quidem usumfructum esse: nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.

Obscurus est loci sensus: sed clarior fiet, formata totius capitis & specie, & quæstione. Species hæc est. Legatus est usufructus non ædificii, nec fundi; sed domus vel ædium. Duo quærantur: primum, an fructuarius possit novum rivum imponere ædium parietibus? deinde, an possit ædificium inchoatum consummare: maxime, si eo loco, id est, eo ædificio, (loci enim appellatio non solum ad rustica, sed ad urbana quoque, prædia pertinet l. 60. §. 1. D. de verborum significatione) aliter uti non possit? Quod ad primam quæstionem attinet: ait Neratius, fructuarius non posse parietibus novum rivum imponere. *Novum*, inquam, *rivum*: sic enim in d. l. 61. recte legi, animadvertit Franciscus Hotmanus, lib. 2. *Amicabil. respons. c. 36.* et si Jacobus Cujacius lib. 1. *Observ. c. 36.* ex conjunctione l. 44. D. cod. tit. malit, *novum tectorium*; idque placeat Jacobo Labitto, *Indicis sui usui tertio n. 5.* Solere enim Veteres (quæ eorum luxuria fuit) augendæ amcenitati ædium parietibus imponere rivos aquæ fluentis, verissime tradidit Emundus Merillius, lib. 3. *Variantium ex Cujacio c. 1.* sequente Manilii testimonio ex lib. 4. *Astronomicon.*

— — — Undas inducere tectis,
Ipsaque conversis aspergere fluctibus astra,
Littoribusque novis per luxum ludere ponto,
Et varios fabricare lacus, & flumina ficta,
Et peregrinantes domibus suspendere rivos.

Cui de meo addam hoc ex Sidonio Apollinari, *Carm. 22. vers. 307.*

Alta volubilibus patet hinc cœnatio valvis
Fusilis euripus propter. cadit unda superne.
Ante fores pendente lacu, venamque secuti
Undosa inveniunt nantes cœnaculapisces.

Sed nec aliam causam habent quæ de derivatis in domos rivis & fluminibus jam olim tradidi lib. 1. *Probabilium c. 3.* Tantum de priorè quæstione.

Quod ad alteram attinet: placet Neratio, fructuarius non posse ædificium inchoatum consummare; etiam si eo loco, sive eo ædificio, aliter uti nequeat. An vere? ambigi potest: quia constituto usufructu, intelligitur fructuario dari omne sine quo ipse uti frui nequeat l. 1. §. 1. & seqq. D. Si usufructus petetur: ac, si cui datus sit fundi usufructus, in quo necessarium ad percipiendos fructus sit ædificium, posse ab eo poni ædificium, Ulpianus ait l. 13. §. 6. D. de usufructu. Quod si est: quid ni dicemus, si testator ædificium inchoavit, & fructuarius eo, nisi consummato, uti nequeat, posse eum ædificium suo jure consummare? Atque ita foret, si no-

minatim legatus esset ædificii usufructus; idque, nisi consummatum, non reciperet usufructum: sicut in d. l. 13. §. 6. nominatim datus erat usufructus fundi in quo necessarium ad percipiendos fructus erat ædificium. Sed Neratii termo in §. 1. d. l. 61. est de usufructu non ædificii, nec fundi, sed domus, seu ædium. plurimum autem interest inter ædificium & ædes seu domum. & bene, quod sufficit, si fructuarius domo uti possit; quamquam ædificio quod domui addi cœperit, uti nequeat. Finge, ut exemplo rem demonstrem, testatorem domum habere; cœpisse ei jungere ædificium, balneum, verbi gratia, vel simile; nec absolvisse. finge, legasse Titio domus aut ædium usufructum, an Titius poterit absolvere ædificium a testatore inchoatum? non poterit; etsi eo loco, id est, ut dixi, eo ædificio, aliter uti nequeat: quia ei non ejus ædificii, sed domus, usufructus datus est. Sufficit igitur, si domo uti possit; etsi eo loco, id est, eo balneo, sive eo ædificio, uti non possit: quia usufructum non ejus, sed domus, accepit. Atque hoc esse opinor, quod Neratius ait, *Sed nec ejus quidem usufructum esse.* Si ramen testator in constituendo usufructu fructuario nominatim dedit consummandi ædificii potestatem: dubium non est, quin consummare possit: sicut poterit quoque novum rivum parietibus imponere; si in constituendo usufructu hoc specialiter adjectum sit. Et id puto postrema velle Neratii verba, *Nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Nam verbum hoc, *utrumque*, & ad novum rivum parietibus imponendum, & ad ædificii consummationem, respicit. Exposui difficillimum Neratii locum. Nisi probanda adhuc distinctio quam dixi Veteres fecisse inter ædes & ædificium. Eam distinctionem probat Livius lib. 38. c. 38. sequentibus verbis, *Rhodiiorum sociorumve quæ ædes ædificiaque intra fines regni Antiochi sunt.* Sed & Ulpianus l. 7. §. 1. D. de usufructu, sic scribens, *Res soli, ut puta ædium usufructu legato, quicumque redditus est, ad usufructuarius pertinet: quacunque obventiones sunt ex ædificiis, ex areis, & cæteris, quacunque ædium sunt.* Et l. 41. §. 8. D. de legatis lib. 1. Verba ejus. *Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed & ad balinea vel aliud quod ædificium, vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.* Labeo quoque l. 31. D. de legatis lib. 3. *Si cui ædes legata sint, is omne habebit id ædificium, quod solum earum ædium erit.* Rursus Ulpianus l. 15. §. 13. D. de damno infecto. *Si tam ampla domus sit, ut & spacia inter viciosam pariem intercedant, & eam quæ vitium non facit: dicendum, in eam solam partem mitti.*

si vero unita sit contextu ædificiorum: in totam.
& reliqua.

CAPUT XIII.

Volusius Mæcianus l. 9. D. de lege Rhodia de jactu emendatus, Æthalia Italia substituta.

EXstat apud Volusium Mæcianum l. 9. D. de lege Rhodia de jactu Græca Eudæmonis Nicomediensis ad Imperatorem Antoninum Deprecatio: in qua complura sunt eruditissimis hominibus molesta: sed unum eos maxime urit, quod is queritur, se naufragium in Italia facientem, esse direptum a Publicanis insulas Cyclades habitantibus. Cum enim contemplantibus orbis situm, immane porrigatur spatium inter Cyclades insulas & Italiam; sive de Supero, sive de Infero agatur mari; profecto jure ambigitur, quo pacto potuerit Eudæmon, cum in Italia faceret naufragium, in Cycladibus insulis spoliari a Publicanis, vel, ut alii vertunt, a servis publicis. Igitur plerique huc devenere, ut in vitio cubare illam Eudæmonis Deprecationem existimarent: aliis pro, ἐν τῇ ἰταλίᾳ, ἐν τῇ τηλίᾳ; aliis ἐν ἁτταλίᾳ; aliis ἐν ἰκαρίᾳ, aliis ἐν παραλίᾳ, scribentibus. Ac quamquam neque *Telia*, neque *Attalia*, mihi arrideant, minusque sapiat ἐν τῇ παραλίᾳ; fuit tamen, cum non spernenda mihi videretur sententia Hugonis Grotii, Jacobi Gothofredi, Johannis Strauchii, aliorumque Clarissimorum Virorum, pro *Italia* substituentium *Icaria*: quia eam insulam suadebat & loci, & literarum, affinitas nec absurde dici putabam, in *Icaria* fieri naufragium quod in mari *Icariae* proximo contingeret. sunt enim in mundo testimonia quibus hæc Veterum locutio satis abundeque adstruatur: ac jam visum Amplissimis, Clarissimisque Viris, Cornelio van Bynckershoek, in Suprema Hollandiæ, Frisiæ, ac Zelandiæ Curia Senatori, lib. sing. ad L. ἀγίστης IX De lege Rhodia de jactu c. 3. & Jacobo Perizonio, Collegæ meo, Notis ad Ælianum, lib. 2. c. 25. pag. 112. complura cum erudito orbe exempla communicare. Sed nunc aliud mihi occurrit, nisi fallor, longe verisimilius: quod si peritioribus æque probabitur, forsan inventa erat Mæciani scriptura quam huc usque quæsiere felicia ingenia. Puto, Eudæmonem fecisse naufragium non in Italia, id est, non in mari Italiæ vicino; sed in Æthalia, sive in mari Æthaliæ proximo: atque id verbum Mæciano restituendum. Causam huic conjecturæ

(cui, si mutandum quid sit, & se subscripturum, cum mihi nuper in familiari sermone, tum mox edito libello orbi literato, significavit Amplissimus Bynckershoekius) dedit mihi sequens Livii locus ex lib. 37. c. 13. *Polyxenidas Samum petiuros ratus hostes, ut se Rhodiæ classi conjungerent; ab Epheso profectus, primo ad Myonnesum stetit: inde ad Macrin (quam vocant) insulam trajecit: ut pratervehentis classis si quas aberrantes ex agmine naves posset, aut postremum agmen opportune adoriretur. Posteaquam sparsam tempestate classem, vidit occasionem primo aggrediendi ratus, paulo post increbescente vento, & majores jam volvente fluctus, quia pervenire se ad eos videbat non posse, ad Æthalam insulam trajecit: ut inde postero die Samum ex alto petentes naves aggrediretur.* Cum considerarem iter quod hæc clasis per mare Ægæum fecit ad Æthalam insulam; cœpi cogitare, essetne Æthalia circa quam Eudæmon Nicomediensis in d. l. 9. naufragium fecit, & pro qua Librariorum errore deinde irrepsit *Italia*: quo autem magis animum adverti ad Ægæi maris descriptionem; eo magis pro *Italia* mihi placuit Æthalia: neque jam ambigo, quin germana Mæciani scriptura sit Æthalia: in primis, postquam, intellexi ex Plinio, Æthalam insulam inter Samum & Lesbum sitam esse ex adverso Erythrarum. Plinii verba si quis inspicere velit, apposui: ea verba sunt ex lib. 5. *Natur. histor. c. 31. Par claritate ab ea distat xciii. m. passuum, cum oppido Chios libera, quem Æthalam Ephorus prisco nomine appellat: Methrodorus & Cleobulus Chiam, a Chione nymphe; aliqui a nive & Macrin & Pityusiam. Montem habet Pellenam, marmor Chium. Circuitu cxxv. mill. pass. colligit; ut veteres tradidere. Isidorus ix. millia adjicit. Posita est inter Samum & Lesbum, ex adverso maxime Erythrarum.* Ex hoc situ apparet, nave circa Æthalam fracta, vel ex ea jactu facto, facile potuisse Eudæmonis merces ad littus alicujus insulæ ex vicinis Cycladibus appellari; ibique a Publicanis, aut a servis publicis, spoliari. Sustuli ex d. l. 9. vitium nimis deforme.

* *

CAPUT XIV.

Plinii locus de Pado flumine correctus.

Quia in Mæciani restitutione adfuit mihi Plinius superiore capite, non a me impetro, ne ipsi quoque hoc, si quam possim, opem feram: laborat enim vehementer; cum de Pado flumine ita scribit, lib. 3. *Naturalis historiae c. 16.*

Padus e gremio Vesuli montis, celsissimum in cacumen elati, sinibus Ligurum Vagiennorum Visendo fonte profluens, condensque sese cuniculo, & in Forovibienis agro iterum exorians, nulli amnium claritate inferior: Græcis dictus Eridanus, ac pœna Phaëtonis illustratus: augetur ad Canis ortus liquatus nivibus, agris quam navigiis torrentior, nil tamen ex rapto sibi vindicans, atque ubi liquit agros, ubertate largior.

Frustra exercuit hic locus tres insignes viros, Isaacum Vossium, Johannem Harduinum, & Claudium Salmasium. Vossius certe ad Pomponium Melam, *De situ orbis*, pag. 164. Lege, inquit, *Augetur ad Canis ortus liquatis nivibus, ac his quam nativis torrentior, nihil tamen ex rapto sibi vindicans, atque ubi liquit, ubertatis largitor.* Deinde *Liquatas nives* interpretatur *aquas*: liquatæ, inquit, nives sunt aquæ; itaque non opus est, vocabulum istud repetere. *Liquit*, vero hic recipitur pro *defluit*, decrevit, λείπει, uti sæpe. Sic Vossius. At Johannes Harduinus, *Not. & emendat. ad h. loc. n. 76. pag. 400.* ex libris manuscriptis quos magno allegat numero, restituit,

stituit, agris quamvis torrentior; hisque libris (quod mihi significavit Vir Clarissimus, Jacobus Gronovius, Collega meus) etiam Leidensis codex assentitur: putat vero Harduinus, Plinium indigitare, quod Padus quamvis auctus in adjacentes agros irruiat, fecundiores illos reddit humectando & ubertatem eis largiendo: non exhauriendo vastat aut depopulatur. At quod Plinius intendit, neque Vossius vidit, neque Harduinus. Nec magis Salmasius, *Exercitationibus Plinianis*, pag. 59. Editionis *Ultrajectinae*. Verba Salmasii. Sic legendum, agris, quamvis torrentior, nihil tamen ex raptisibi vindicans, atque ubi liquit, etiam ubertate largior. Addit Salmasius, Hæc natura torrentium fluviorum, ut aliis agris aliquid ex raptis vindicent & adjudicent, aliis vero adimant & tollant. quod negat facere Padum Plinius, quamvis torrentiorem: sed perperam le-

gitur: nihil ex raptisibi vindicans. lege, abjudicans. non injurius est torrentis illis agris quibus aliquid adjicit per alluvionem; sed quibus quid ex raptis abjudicat & tollit, vice iniqui censoris. Sic Salmasius. sed non placet. Quod si & mihi detur jus suffragii in hac tribu: scribam, augetur ad Canis ortus liquatis nivibus, ac his, quam alius, torrentior, nil tamen ex raptisibi vindicans, atque ubi liquit agros, ubertate largior. Quomodo de eodem flumine Virgilius, lib. 4. *Georgic. vers. 372.*

Eridanus; quo non alius per pingua culta

In mare purpureum violentior influit undis.

Ipse paulo post Plinius eodem capite. *Nec aliis amnium tam brevi spatio majoris incrementi est.* Res plana: nec improbat amicus meus, Jacobus Gronovius, Vir Clarissimus.

* *

CAPUT XV.

Clamorem cujus meminit Gajus l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, a Lege Duodecim Tabularum non desiderari circa cædem nocturni furis: neque a Triboniano videri profectum. eum deberi Gajo; & esse ex Eurenaticis.

POSSIT quis opinari, nocturni furis cædem aut diurni qui se telo defendat, nisi cum clamore fiat, lege Duodecim Tabularum neque jure fieri, neque impune. idque his Gaji verbis significari l. 4. §. 1. D. *Ad legem Aquiliam.*

Lex Duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen æque cum clamore testificetur.

Sed non ita est. clamor enim, cujus meminit Gajus, non debetur Duodecim Tabulis: & indicio, quod Cicero pro Milone scribit, Duodecim Tabulis permitti, furem nocturnum quoquo modo occidere. Ulpianus quoque *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum tit. 7.* ait, legem Duodecim Tabularum cædem nocturni furis permittere omnimodo. at quemadmodum illa lex furis nocturni cædem aut omnimodo, aut quoquo modo, indulget; si, ut jure fiat cædes, clamorem desiderat? verum mitto testimonia; etsi certa. sufficiunt enim legis verba quæ apud Macrobiū hac extant forma. *Sei. nox. furtum. factum. est. Sei. im. occisit. jure. caesus. esto.* Vides legem, atque in ea nullam clamoris mentionem, ne minimam quidem. non igitur debetur clamor Duodecim Tabulis: in quibus nulla ejus sunt vestigia. At enim Gajus, *Lex*, inquit, *Duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: & addit, Ut tamen id ipsum cum clamore testificetur.* Non mihi latet, esse qui quod de clamore dicit Gajus, Triboniani esse suspicantur. Sed videamus, ne constet Gajo ratio; quamvis innoxio Triboniano. Gajus duo dicit. primum est, permitti cædem furis noctu deprehensi: alterum est, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. prius imputat Duodecim Tabulis: posterius non æque. plus dicam; ne vult quidem Gajus, ab eo qui nocturnum furem occidit, hunc proclamari in finem, ne eum homicidii pœna sequatur. non enim disputat Gajus de homicidii crimine, ejusve pœna; sed de reparatione damni injuria dati ex lege Aquilia. Id ostendit non dicam Rubrica sub qua positum est Gaji Fragmentum; sed

ejus Inscriptio: quæ Inscriptio habet, *Gajus l. 7. Ad Edictum provinciale: quo eum legem Aquil. explicuisse, certum est ex l. 2. l. 8. l. 32. D. Ad legem Aquiliam.* Non igitur respicit hoc Gaji Fragmentum ad crimen homicidii, ejusve pœnam; sed ad civilem damni æstimationem ex lege Aquilia. placet autem, cædem nocturni furis quoquo modo factam, aut diurni, si is se telo defendat, ob Duodecim Tabulas quidem ab homicidii crimine & lege Numæ quam Cornelia excepit, excusari: sed non a lege Aquilia de damno injuria dato: quia altera punit cædem, demum dolo malo admissam l. 7. D. *Ad legem Corneliam de sicariis*: altera contenta est qualicumque culpa, etiam levissima l. 44. D. *Ad legem Aquiliam*; itaque persequitur cædem, quamquam jure factam, tamen non necessariam §. 2. *Inst. eod. tit.* qualis est nocturni furis, cum aliter potest evitari periculum: ut *Ad legem Aquiliam c. 4. & lib. 1. Probabilium c. 9.* demonstravi ex Ulpiano l. 9. D. *Ad legem Corneliam de sicariis*, & d. tit. vii. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*, & aliis. Non igitur respicit apud Gajum clamor ad legem Corneliam, sed ad legem Aquiliam. nec dubito, quin vel in ea non tam necessitatis sit, quam prudentiæ: assuetis Jurisconsultis, pro expediendis Juris difficultatibus, ejusmodi tradere cautiones, quas tum Eurenata appellabant, & de quibus Modestinus fecit librum singularem, quem *De Eurenaticis* inscripsit. Ex hoc igitur more Gajus, animadversa legis Aquiliæ severitate, omnem culpam, immodestiam, atque imprudentiam, sine discrimine coercens; tum difficili circa furis cædem probatione moderaminis inculpatæ tutelæ, ob inopiam testium in re præsertim subita & improvisa; optimum factu judicavit, periculi testificationem, si non aliter, saltem per clamorem fieri: suadente ratione, admitti demonstrationem necessariam atque inculpatæ cædis quæ haberi potest; cum deficit ea quæ haberi debet. Nec quem offendat Gaji locutio, *Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: ut tamen id ipsum cum clamore testificetur.* Est enim simi-

similis ei locutio in l. 62. §. 1. D. de usufructu, quem exposui supra capite x. huius libri. Justinianus quoque §. 2. Inst. de suspectis tutoribus ad eundem modum, Et, inquit, possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, siue sint testamentarii, siue non sint, sed alterius generis tutores. Quare & si legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idemerit dicen-

dum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit. Quod enim ait Justinianus, parcendum patroni famæ, Eureka esse adversus rigorem Juris Duodecim Tabularum, ex Modestini libro singulari De Eureka maticis intelligitur l. 9. D. eod. tit.

CAPUT XVI.

Corruptum videri Marcellum l. 72. D. de solutionibus. etiam Ulpianum l. 7. §. 2. D. de iniuriis. & quemadmodum restituendus sit uterque locus.

Marcellus l. 72. D. de solutionibus & liberationibus.

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit, etenim non est equum teneri pecunia amissa: quia teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is servus decessit; aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure desinet teneri.

Ita in omnibus codicibus legitur, non dubito tamen, quin Marcellus scripserit.

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri. & reliqua.

Delevi verba, sine sua culpa; sunt enim spuria, & corrumpunt Marcelli sensum, alioquin optimum: id est, ipsi Marcello, & civili juri consentaneum. is sensus est: Si perierit debitori pecunia, quam creditori obrulit; & hic sine justa causa noluit accipere: potest debitor, si quidem petatur iudicio stricti juris, se defendere exceptione doli mali: si vero bonæ fidei iudicio conveniatur; potest se ipso jure tueri, nec interest, utrum culpa sua, an sine ea, pecuniam amiserit; modo si nil egerit dolo malo. is, & non alius, si quid video, fuit Marcelli sensus. & argumentum mihi esse possit, quod ea verba, sine sua culpa, aut similia, nulla apparent in posteriore ejusdem capituli versu: cujus hæc verba sunt, Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is servus decessit: aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure desinet teneri. Nulla in hac specie mentio culpæ de qua teneatur maritus, si vel servus, vel pecunia, dotalis perierit post oblationem a te factam. igitur cur in priore requiratur specie; in qua debitor decem quæ debet, creditori obtulit; eoque sine causa recusante, ea accipere, perdidit? Sed argumentum mitto. quid enim opus eo? clare Pomponius l. 9. D. Solutio matrimonio. Verba Pomponii. Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam maritus prestare debet. Et in l. 17. D. de periculo & commodo rei vendita. Verba sunt. Illud scien-

dum est, cum moram emptor adhibere cepit, jam non culpam, sed dolum malum tantum præstandum a venditore. Idem est, si non venditoris interpellatio emptorem in mora constituat: sed dies. Paulus l. 5. D. eod. tit. Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleres; postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo præstari. Unde efficitur quod dixi, verba hæc, sine sua culpa, in d. l. 72. esse spuria. Quamquam, si quis retinere ea malet, nec ei resistam; modo, sic scriptum fuisse putet, sine sua culpa: id est: sine summa culpa; & hanc exponat, latam culpam, quæ & magna negligentia dicitur l. 226. D. de verborum significatione: & summa negligentia l. 9. §. 2. D. de juris & facti ignorantia.

Atque hæc mihi jam eo verior videtur conjectura: quia in eodem verbo alibi quoque esse peccatum plane simili Librariorum errore existimo: & ut existimem, sequente inducor Ulpiani loco qui est in l. 7. §. 2. D. de iniuriis.

Præterea illo spectat, dici certum de injuria, quam passus quis sit: ut ex qualitate injuriæ sciamus, an in patronum liberto reddendum sit injuriarum iudicium. Etenim meminisse oportebit, liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum injuriarum dari iudicium, si atrox sit injuria, quam passus sit, (si sua), (puta) si servilis. ceterum levem coercitionem utique patrono adversus libertum dabimus: nec patietur eum Prætor querentem, quasi injuriam passus sit, nisi atrocitas eum moverit: nec enim ferre Prætor debet heri servum hodie liberum conquerentem, quod dominus ei convicium dixerit, vel quod leviter pulsaverit, (vel emendaverit). Sed si flagris, si verberibus, (si) vulneravit non mediocriter: æquissimum erit Prætorum ei subvenire.

Sic hic locus editur in Pandectis Florentinis; sed male. quid enim vult hoc? Etenim meminisse oportebit, liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum injuriarum dari iudicium, si atrox sit injuria, quam passus sit, (si sua), puta si servilis. Constabit sensus, si leges; si sua, contracta scriptura, pro si summa: cui mox opponitur levius coercitio.

Quod miror non esse observatum a doctissimis hominibus.

CAPUT XVII.

Quid apud Celsum l. ult. D. de conditione causa data causa non sequuta sit Pro portione emptionis & venditionis est. Apud Plautum Pro portione nec vir, nec mulier tu mihi es, recte legi adversus V. CL. Janum Gulielmum.

CELSI verba sunt l. ult. D. de conditione causa data, causa non sequuta.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non sequuta? In quod proclivior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rursus, si tuus est Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Quæ Probabilium Juris Civilis libro IV. capite IV. pro emendatione atque intellectu hujus loci attuli, forte sufficerent: nisi suspicarer, illa Celsi verba,

Utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam & reliqua.

adhuc nocitura fore Studiosis Juris: quibus videri possint valere, Utrum id contractus genus pro portione est emptio & venditio, pro portione obligatio ob rem dati re non sequuta, fuerit igitur utile, errantibus & in hac parte viam monstrasse. Non enim ita est. non quæsit Cellus, utrum in proposito duplex, an simplex, sit contractus; neque hanc conjecturam patitur facti species quam proponit, aut disputatio quam de ea habet. magis utraque illi repugnat. An quid Celsus dicit toto capite? nisi datam tibi a me pecuniam esse, ut mihi Stichum dares? Atqui hunc in casum, utcumque eum veritas, non potest cadere suspicio duplicis contractus, id est, ejus qui partim sit emptio & venditio, partim do ut des: sicut, si Titius cum aurifice convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis, certæque formæ, annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos; Cassius voluit, materiæ quidem emptionem

& venditionem, operæ autem locationem & conductionem, contrahi §. 4. *Inst. de locatione & conductione. l. 2. D. eod. tit.* Aliter igitur accipienda erunt Celsi verba. habent autem, si quid video, pulchram sententiam. ea sententia est, utrum id contractus genus pro portione quam in ordine civilium negotiorum habet, emptio venditio est. Hoc ut sentiam, suadet similis Plauti locus, *Rudente 4. 4. vers. 71.* Eum locum, quia moratur eruditos homines, apponam, ut a Celso lucem accipiat, & hanc Celso vicissim præbeat. Verba Plauti.

Quid? ista muta sunt, quæ pro se fabulari non queant.

TR. *Eo tacent, quia tacita bona est mulier semper quam loquens.*

GR. *Tum pol pro portione nec vir, nec mulier tu mihi es.*

TR. *Qui dum?* GR. *quia enim loquens, neque taceus unquam bonus.*

Sic habent manu scripti codices, pro portione, vel uno verbo, proportionem. Nec mutem: etsi Janus Gulielmus, V. CL. *Question. in Plauti Rudent. c. 3. inf.* quem sequuntur plerique typis impressi libri, malit, pro oratione; & exponat, *Quantum ex oratione tua colligo; ut verba facis.* Est enim idoneus veteris scripturæ sensus: Tu pro parte tua quam in rebus humanis facis, mihi neque vir, neque mulier, es. Illud nescio an addam, hoc, *Utrum id contractus genus emptionis venditionis est pro portione*, a Celso simili dici ratione qua Ulpianus l. 6. D. de servitutibus prædiorum rusticorum ait, *Quid ergo si prædiorum meliorem causam hac faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit.* Ita habent Pandectæ Florentini: licet in vulgata editione sit, *quin servitus sit.* Ad eandem formam Aulus Sabinus, *Epist. 3.* quæ est Paridis ad Oenonem. Verba Sabini.

Sed non est rationis amor. te consule, nympha

Lasas: & lasam scribis amare tamen.

CAPUT XVIII.

De lectione & intellectu Senatusconsulti Vellejani, apud Ulpianum l. 2. §. 1. D. Ad Senatusconsultum Vellejanum.

VIX mihi tempero, ne hoc capite constituam & firmem Senatusconsultum Vellejanum: cujus vacillat lectio apud Ulpianum l. 2. §. 1. D. Ad Senatusconsultum Vellejanum. Verba hæc sunt.

Quod Marcus Silanus, & Vellejus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reas fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones & mutationes pro aliis, quibus intercesserint fœmina, pertinet, tamen si ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligatio-

nibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatam, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.

Sic Florentiæ editur. Sed in aliis libris pro his verbis, *quid de ea re fieri oportet, de ea ita consuluerunt*, extat, *quid de ea re fieri placeret.* Non male. quamquam & servari potest Florentina lectio; si ita scribatur, *quid de ea re fieri oportet Et*; & exponatur, *oporteret*: repetitis majusculis literis, quod curiole observavit V. CL. Jacobus Gothofredus lib. *Animadversionum juris civilis c. 9.* Æque notandum, quod

quod pro *consuluerunt* in aliis libris est, *consuerunt*: neque negare velim, solemne hoc esse Senatusconsultorum verbum. adeo si quis id malit, quam *consuluerunt*, non repugno. nec tamen assentiar Jacobo Gothofredo, hoc *consuluerunt* nulla damnant ratione. quippe a *consulendo* dicitur Senatusconsultum; quomodo a *decernendo* Senatus *decretum* appellatur l. 19. C. eod. tit. tum *consulere* non utique significat, *consilium dare* aut *petere*; quod credidisse videtur Gothofredus: sed etiam *statuere* & *decernere*. Festus certe, *Consulas*, inquit, *antiqui ponebant non tantum pro consilium petas, & percontaris; sed etiam pro iudices & statuas*. Et Festo accedit Quintilianus lib. 1. Inst. orat. c. 5. Inde, inquit, *pravis ingeniis ad foedissima usque ludibria dilabuntur, sitne consul a consulendo, an a iudicando; nam & hoc consulere veteres appellarunt, unde adhuc remanet illud, rogat boni consulas, id est, bonum iudices*. Papinianus quoque l. 1. D. de legibus ait, *Legem esse commune praeceptum, virorum prudentium consultum*: neque aliud significat, quam Legem esse virorum prudentum decretum; & (ut ex Demosthene Marcianus l. 2. D. eod. tit.) ἀδύνατον ἀνθρώπων φρονιμῶν.

Non minor lis est de sequentibus Senatusconsulti verbis, *Quod ad fideiussiones & mutui dationes pro aliis quibus intercesserint foemina, pertinet*. Ita Florentia legitur: sed quia nullo prorsus sensu, sic concinnat ea verba Jacobus Gothofredus d. loc. *Quod ad fideiussiones & mutui dationes PRO aliis quibus intercesserint foemina pertinet*, ut sit, *Quod ad fideiussiones & mutui dationes pro aliis, pro quibus intercesserint foemina, pertinet*. Quomodo in exemplari suo repraesentaverat Accursius. Sed quid, si sic scribam? *Quod ad fideiussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint foemina pertinet*. Vera ac germana haec fuit Senatusconsulti scriptura. nam optime dicimus, foeminam pro aliquo intercedere: & eam aliquo intercedere contractu l. 1. l. 2. pr. & §. 5. D. eod. tit. fideiussione, verbi gratia, aut mutui datione. Nec necesse est, cum Francisco Hotmano lib. 1. Observ. c. 15, & lib. 4. c. 15 pro, *mutui dationes*, substituere, *mutuationes*, etsi *mutuandi* verbo utantur Veteres l. 19. §. 5. & l. 17. D. eod. tit. Quidquid enim dicat Hotmanus, nil absurdi habet recepta lectio, *mutui dationes*: si sano accipiat modo. Nec ramen accedo Jacobo Cujacio, *Ad Africanum Tract. 4. in expositione* l. 17. D. eod. tit. mutui dationem interpretanti, mutuum a muliere pro alio acceptum; quod putat, eam locutionem sic sumi ab Ulpiano l. 27. D. de rebus creditis. Nam Cujacii sententiam bene refutat Jacobus Gothofredus d. loc. causatus, *mutui dationem* ab Ulpiano d. l. 27. non debitoris, sed creditoris, respectu dici; cum a Senatu magis ratione debitoris, quam creditoris, dicatur: tum esse quidem mutui dationi consequens, ut cui mutuum datur, accipiendo debitor fiat; at verbis ipsis, *mutui datio*, hoc numquam significari. Interim quemadmodum accipienda sint Senatus verba, ne offendant, ne Gothofredus quidem demonstravit. Sed mihi videtur, quod Senatus voluit, subvenire mulieribus quae pro aliis intercedunt: siue jubeant, fide sua esse, quod alius debet: siue non hoc agant, sed aliis mutuam dent pecuniam, quam ipsae idcirco mutuam acceperint, ut aliis mutuam darent. Haec mea sententia: atque ipsa non minus cum loquendi usu, quam cum Senatus mente, consentit. si enim rem spectamus: non intercedit pro alio mulier; cum mutuam accipit pecuniam,

etsi alii rursus datura mutuam: sed cum acceptam ideo mutuam pecuniam, ut alii mutuam det, deinde illi dat mutuam. nam quamdiu retinet mutuam pecuniam, se quidem alii obligavit, sed non pro alio; quo demum intercessio censetur: verum ubi mulier mutuam accepit pecuniam, ut eam alii mutuam daret; & deinde ei dedit mutuam: tum is est totius negotii exitus, ut pro eo cui mutuam dedit pecuniam, intercessisse videatur: quia se obligavit non sui, sed illius, causa: & ideo placet, actionem quae esset creditori adversus mulierem danda, subducta ejus persona, adversus debitorem dari: ut pulchre ostendit Paulus l. 29. D. Ad Senatusconsultum Vellejanum, & Ulpianus l. 8. §. 14. D. eod. tit. Constat igitur Senatusconsulto scriptura; si sit, *Quod ad fideiussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint foemina pertinet*.

Nondum, inquit, transacta res est. restat enim aliqua vel in ea difficultas: duas quippe complectitur intercessionis formas, *fideiussionem & mutui dationem*; cum Ulpianus l. 2. §. 4. D. eod. tit. scribat, Senatusconsulto omnem omnino foeminarum obligationem comprehendi; siue verbis, siue re, siue quocumque alio contractu, intercesserint. erit igitur vel ille expediendus nodus. Mihi autem expendenti cuncta, talis ratio succurrit, quod Senatus *fideiussiones* ac *mutui dationes* ponit pro exemplis intercessionis; ceterum ipsam foeminis intercessionem pro aliis prohibet l. 1. D. eod. tit. ut Edictis Augusti & Claudii ante vetabantur intercessionibus quas pro viris suis faciebant: ac sicut tum ex earum pro his intercessionibus sic jus dicebatur, ne in eas actio, neve ab his petitio, daretur: ita non vult nunc Senatus, si pro aliis intercedant foeminae, verbi gratia, fideiussione aut mutui datione, eo nomine in eas actionem, vel ab his petitionem, dari. Quod ut probem, possem testem adhibere Ulpianum l. 2. §. 1. D. eod. tit. sed praestat, ipsa adducere Senatus verba de quibus quaeritur. Primum ait Senatus, *M. Silanum & Vellejum Tutorem, Consules, verba fecisse de obligationibus foeminarum quae pro aliis reasferent*. Significat autem, retulisse Consules de prohibenda omnium personarumque obligatione ex qua foeminae pro aliis conveniri actione in rem, vel in personam, possint. Huc enim pergit ejus vis locutionis, *Quae pro aliis reasferent*: ut liquet ex l. 29. D. eod. tit. in qua sic recipitur. Deinde ait Senatus, *Quod ad fideiussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint foemina pertinet: tamen si ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit equum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur*. Et apparet, non minus Senatui, quam Consulibus, esse propositum, foeminas a qualicumque pro aliis intercessione, tamquam ab officio virili, & foeminini sexus infirmitatem egrediente, remove; etsi tantum *fideiussiones* ac *mutui dationes* appeller. Nam (quod Pomponius attingit l. 32. §. 2. D. eod. tit.) huc spectat totus Senatus sermo, ne ex ejus generis obligationibus, a quibus arcet foeminas, ab his petitio, neve in eas actio, detur: perinde ut in illarum pro viris suis intercessionibus ante observatum fuisse, in antecessum dixi. Et de actione quae in personam venit, certa res est; cum mulier pro aliis aut mutui datione aut fideiussione, quae

quæ sunt Senatus exempla , intercessit : quia his alienam obligationem in personam suam suscepit. Verum quod ad petitionem attinet quæ in rem est, ejus quis usus in fidejussione aut mutui datione esse potest ? at in pignore quo minus obtineat , nihil vetat ; cum mulier ejus constitutione alienam obligationem non in personam suam , sed in res suas, admittat. Quod si est ; probatum est , Senatum fidejussionis ac mutui dationis mentione quidem uti pro exemplis intercessionis , sed omnem fœminis intercessionem prohibere sine discrimine : prorsus , ut si quam alienam obligationem , novam aut veterem, in personas suas, inve res suas , vel

participando, vel transferendo, suscipiant, quia pro aliis intercedunt, recte nolit Senatus , aut ab his petitionem, aut in eas actionem , dari *l. 8. pr. §. 1. l. 29. D. item l. 4. §. l. 18. C. eod. tit.* Atque hæc causa est, cur Veteres hoc Senatusconsultum non De fœminarum Fidejussionibus & Mutui dationibus pro aliis, sed De Intercessionibus , appellent *l. 29. D. §. l. 19. C. eod. tit. l. 40. D. de conditione indebiti* : item , cur in ejus enarratione magis exponant , quid intercessione , quam quid fidejussione aut mutui datione, comprehendatur *l. 1. pr. l. 2. §. ult. §. l. 8. pr. §. 1. D. Ad Senatusconsultum Vellejanum.*

FINIS LIBRI I.

OBSERVATIONUM.





GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
OBSERVATIONUM
LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

*Mandatum, quamvis nominatim conferatur post mandatoris mortem,
tamen ejus morte secundum regulas Juris sine distinctio-
ne finire.*

Non perdam oleum & operam inquisitione paulo diligentiore in rationem tollendæ litis quæ Ulpiano *l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra*, Gajo *l. 13. D. eod. tit.* & Juliano *l. 18. §. 2. D. de mortis causa donationibus*, cum Paulo *l. ult. D. de solutionibus* intercedat de finiendo morte mandatoris mandato: non quidem, si simpliciter contrahatur: (nam tum facilis ejus ratio est) sed si nominatim concipiatur post mandatoris mortem: cum præsertim Jacobus Cujacius, *lib. 7. Observ. c. 38.* & Franciscus Hotmanus *lib. 2. Amicab. Respons. c. 38.* alique, fama eruditionis atque ingenii illustres & clari homines, ad ejus rixæ compositionem longe alia incedant via, quam in tam nobili quæstione tenuerunt Veteres Juris Auctores. Voluerunt hi, (sic mihi persuadeo, quidquid illi dicant) mandatum, etiam cum nominatim confertur post mandatoris mortem, secundum Juris regulas ejus morte extinguere. Hoc ut probem, utar argumentis paucis, sed gravibus, & nisi mihi blandior, decretoriis. Primum, si ad mandati formam respiciamus, quid verius est, quam mandatum mandatoris morte finire *l. 26. D. Mandati vel contra*; ac, si post eam concipiatur, non pati rationem, ut post mortem contra Juris formam sustineatur? Non minus certum est, Veteribus placuisse, ne valeret, non dicam, legatum, sed stipulatio quoque, aut qualiscumque alius contractus; cum post mortem legatarii aut promissoris confertur *l. 11. C. de contrahenda stipulatione*: proinde quis potest fingi color, quo voluisse eos putemus, mandatum post mandatoris mortem valere idcirco, quod est post ejus mortem collatum? Accedit, quod ei qui post mortem suam mandatum confert, numquam potest mandati actio competere: siquidem ejus fieri aut dari quod mandavit, numquam interest. vult enim, quod mandat, fieri tum; cum ad eum, utrum fiat, an non fiat, non pertinebit. At quis nescit, non ante competere mandati actionem, quam cœperit interesse ejus qui mandavit: cæterum, si nihil interest, cessare mandati actionem; & eatenus competere, quatenus interest *l. 8. §. 6. D. Mandati vel contra*. Igitur collato post mandatoris mortem mandato, numquam valet mandatum post ejus mortem: quia numquam in eo consistit mandati actio. Nec magis initium ab ejus herede acci-

pit: quia non placuit antiquitati, actiones ab herede aut contra heredes incipere *l. unic. C. Ut actiones & ab herede & contra heredem incipiant*. Dices fortasse, eam regulam a Justiniano expungi *d. l. unic.* Sed id me nihil turbat: quia adhuc verum manet, eam, antequam mutaretur, certo jure viguisse. proinde si ad Ulpianum, Gajum, Paulum, cæterosque spectamus Jurisconsultos, qui ante Justinianum florere, numquam me induci sinam, uti calculum meum adjiciam sententiæ existimantium, mandatum post mandatoris mortem sustineri ideo, quod sit post ejus mortem collatum. Nec proclivior eam in partem sum post Justiniani Constitutionem; postquam visum illi Imperatori in *§. 10. Inst. de mandato*, retinere Veterum sententiam: quibus placuisse dixi, hanc mandato formam dare, ut mandatoris morte extinguatur *l. 26. D. eod. tit.* Ut enim maxime jam mandatum post ejus mortem concipiatur; tamen quid causæ est, ne contra Juris formam, denique frustra, concipi existimetur? Quomodo in pupillari substitutione quam placuit pubertate expirare, jus est; ut, licet longius comprehendatur tempus, nihilominus pubertate finiat *l. 14. l. 7. D. de vulgari & pupillari substitutione*. Nec tantum in substitutione efficit Juris forma; ut pro nullo sit quod ei contrarium est; sed in precario quoque. nam si convenit, ne domino liceat, precarium ante Kalendas Julias repetere; nulla vis est ejus conventionis *l. 12. D. de precario*: volente precarii forma, domino jus esse, quod precario dedit, quandocumque repetere *l. 1. pr. & §. 2. item l. 2. §. 2. D. eod. tit.* Æque si deposuero apud te, ut demum post mortem tuam, aut meam, reddas; placet, nullius momenti esse pactionem: quasi adversus depositi substantiam sit, ut depositarius rem depositam, invito deponente, retineat, cum ipsius nihil interest *l. 1. §. 45. & 46. D. Depositum vel contra*. Idem vel simile est in societate: dissolvitur enim morte unius ex sociis *l. 63. §. 10. l. 65. §. 9. D. Pro socio*; & si contrahentium conventionem post eorum mortem porrigatur; nihilominus unius morte finitur *l. 52. §. 9. D. eod. tit.* ita, si Paulo fides, potest societas in perpetuum coiri, id est, dum vivunt socii *l. 1. D. Pro socio*: sed nulla ejus in æternum coitio est *l. 70. D. eod. tit.* In mandato cur aliud dicimus? cur non æque volumus, id, sive simpliciter concipiatur, sive post mandatoris mortem, ejus morte, quasi Juris forma, dissolvi?

Res ad certum accedit ; si audimus Paulum *l. ult. D. de solutionibus*. tam enim manifeste it in nostram sententiam, ut non possit manifestius. Verba Pauli. *Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur : quia talis est lex obligationis : ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur : quia mandatum morte dissolvitur.* Paulus duas proponit species, quarum posterior est hujus loci, prior non est, utramque tamen, quia suadet continentia causæ, exponam breviter. prior hæc est. Aliquis meo mandatu sibi stipulatus est post mortem meam, quæritur, an ei post mortem meam recte solvatur ? Et putat Paulus : clara ratione ; ea ratio est, quod is sibi stipulatus est mandatu meo : nec debitor mihi, sed ei, tenetur ex stipulatu actione ; ac si ei solvit post mortem meam ; creditori suo post mortem meam solvit, volente lege obligationis. postquam enim sibi stipulatus est mandatu meo ; deinde sola vertitur lex obligationis, ei acquisitæ mandatu meo : non meum quoque mandatum : ideoque (quod addit Paulus) etiam, me invito, ei recte solveretur : quia ei, non mihi,

debetur. Exposui unam Pauli speciem. Quæ altera ? jussi, debitorem meum tibi solvere post mortem meam. an tibi recte solvit, me mortuo ? sed negat Paulus ; & causatur, quia mandatum morte dissolvitur. optime : debebat enim mihi debitor, antequam jussi, eum tibi solvere. idem mansit mihi obligatus, postquam jussi. nil igitur intervenit præter meum mandatum : ac si debitor tibi, ut jussi, solvit post mortem meam ; nullo jure solvit : quia hæc mandati forma est, ut me mortuo nullum sit ; quamquam maxime collatum post mortem meam : sicut si, priusquam solvat, ei denuntiem, ne solvat. nam, ut illic mea morte, sic hic mea revocatione, mandatum finitur. ac, quod Gajus ait *l. 106. D. de solutionibus*, Aliud est, jure stipulationis Titio solvi posse ; aliud, postea permissu meo id contingere. nam (sic pergit) cui jure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest. cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si priusquam solvetur, annuntiaverim promissori, ne ei solveretur. Sed longior sum ; & nimis claret, mandatum a mandatore frustra conferri post ejus mortem, verante mandati forma.

CAPUT II.

Si quis mandet, ut quis sibi post mortem suam faciat monumentum, aut ut fundum emat hereditario monumento ; mandatum post ejus mortem adversus mandati formam veneratione religionis sustineri. Ulpianus l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra expositus ; & suppleta ex manuscriptis libris lacuna.

INcurrit tamen (inquies) insignis hæsitatio a sequentibus Ulpiani verbis, quæ sunt in *l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra*.

Idem Marcellus scribit, Si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus paterit mandati agere. illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum. maxime, si jam quadam ad faciendum præparavit.

Nec Ulpianus tantum, sed Gajus quoque, tumultuatur *l. 13. D. eod. tit.* Verba Gaji.

Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.

Verum quod ad Ulpianum attinet ; (nam de eo primum dicam) me liberat respondendi verecundia, quod non proponit Ulpianus exemplum mandati qualiscumque post mortem rei ; sed exemplum mandati post mortem monumenti. fit enim mihi verisimile, Veteres in tali mandato & simili quod ad funerariam causam spectet, a certa Juris regula idcirco recessisse : quod rigorem benignitate inflecti, suaderet publica utilitas, ne insepulta jacerent cadavera ; atque, ut Papinianus ait *l. 43. D. de religiosis*, summa ratio esset quæ pro religione facit. Nempe credebatur vetustas, ineptæ plena superstitionis, miserrimam defunctorum, quamdiu insepulti essent, conditionem esse : non enim venire, nisi post sepulturam, ad placidas in morte sedes ; sed errare centum annos. Id docuit me Virgilius *lib. 6. Aeneid. vers. 325. & sequentibus*. Verba Virgii.

Hæc omnis quam cernis inops inhumataque turba est.

Portitor ille Charon : hi quos vehit nuda sepul-ti.

Nec ripas datur horrendas, nec rauca fluenta

Transportare prius, quam sedibus ossa quie-runt.

Centum errant annos, volitantque hæc littora cir-cum :

Tum demum admissi stagna exoptata revivunt.

Ita magna ratio fuit quæ sepulturæ faveret ; in primis legitimæ, si haberi possit ; sin minus, imaginariæ, quæ inter cætera cenotaphiis fiebat, tantumque præstare, quantum vera, putabatur. Auctor Servius ad hæc Virgilii verba, *Inops inhumataque turba d. loc.* Duo, inquiens, dicit, id est, neque legitimam sepulturam habet, neque imaginariam. Inopem enim dicit sine pulveris jactu : (nam ops terra est) id est, sine humatione. vult autem ostendere, tantum valere inanem, quantum plenam sepulturam. nam & Deiphobi umbra transvecta est, cui Aeneas cenotaphium fecit : ut Hunc egomet tumulum Rhæteo in litore inanem constitui. Bene autem sepultos, id est fletos : nam sine fletu sepultura non est. Unde legimus, *inhumata infletaque turba*. Sed apparet Veterum superstitio ; simul ratio differentiarum inter mandatum de facienda quali quali re post mortem, & quod ad sepulchri monumentive procurationem pertineat : alterum, quia mandantem nec commodum afficit, nec incommodum, non videtur mandati forma contineri : alterum contra, quia ejus salutem trahit, ut valeat, religioni convenit : adeo fit ejus reverentia, ut in hoc mandato actio non tam in-

cipere ab herede, quam a defuncto mandatore ad eum pervenire, intelligatur. Atque huc nescio an Ulpianus spectet *l. 1. D. de religiosis, Qui*, inquit, *propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.* Ex eo certe fonte in *d. l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra* probat Marcellum: qui dixit, *Si ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heredem ejus posse mandati agere.* Ad quid? *ut perficiatur.* Hoc Ulpiano addo ex manuscriptis libris: & recte. quia enim fit veneratione religionis, ut tale mandatum initium a mandatore accipiat; quod ejus interesse credatur, sibi monumentum fieri post mortem suam: nihil impedit, id ad ejus heredem transire qui eum post mortem suam repræsentat. nec igitur mirum, si is heres possit (quod Ulpianus ait *d. §. ult.*) post mandatoris mortem mandati agere, id est, directa mandati actione agere, *ut perficiatur.* Sic enim, ut dixi, le-

go apud Ulpianum: consentientibus libris manuscriptis; etsi in Florentino exemplari desint verba, *ut perficiatur.* Sed non ad hoc subsistit Ulpianus: putat quoque, illum qui mandatum suscepit, mandati agere posse, scilicet, quia valuit mandatum de faciendo post mandatoris mortem monumento, & jam ob hoc abest mandatario; recte is quod expendit, ab herede exigit contraria mandati actione. *Potuit enim* (sic pergit Ulpianus *d. §. ult.*) *agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad agendum: maxime, si jam quadam præparavit ad agendum.* Sensus est, Adeo non esse causam, cur mandatarius quod expendit post mandatoris mortem, non possit contraria actione repetere; ut hanc habeat etiam adversus ipsum mandatorem, si jam eo vivo expensas fecit præparatione eorum quæ eo mortuo ejus mandato facturus est.

Sed de Ulpiano fatis.

CAPUT III.

Detersa Gajo macula l. 13. D. Mandati vel contra.

TRanseo ad Gajum *l. 13. D. Mandati vel contra.* Verba Gaji.

Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.

Fert autem mea opinio, continuari a Gajo quaestionem, ab Ulpiano in *l. 12. §. ult. D. cod. tit.* inchoatam; & hoc indicari primis Gaji verbis, *Idem est, & si.* Ita non loquitur Gajus de mandato, quo quis in genere jubeatur, fundum heredibus emere post mortem mandatoris; sed fundum ad hereditarium monumentum. Est sane apud Ulpianum *l. 14. §. 3. D. de religiosis*, & aliquoties in Veteribus Inscriptionibus, mentio empti ad monumentum loci aut fundi: nec fuerit ineptius, quem mandare, ut post mortem suam quis ei fundum emat ad hereditarium sepulchrum; quam eum mandare, ut quis ei monumentum faciat post ejus mortem. Quid frontem contrahis? quia resistunt Gaji verba: latius enim patent, quam ut patiantur, se restringi ad fundum monumento sepulchrove necessarium. ubi enim sepulchri aut vola aut vestigium? deinde, si heredibus emitur fundus, an sepulchro emitur? aut, si monumento emitur, an heredibus emi videtur? postremo quis nescit, quod religioni dicatur, desinere heredum esse; etsi eorum ante fuerit? Facit tamen, quam dixi, Gaji & Ulpiani connexio in *d. l. 12. §. ult. & l. 13.* ut ausim Gaji verba coarctare intra mandatum de emendo post mortem fundo in usum sepulchri: atque eo magis; quia, ut dixi, nihil absurdi aut insoliti habet tale mandatum: sed nec extat, cur magis alicui jus sit mandare, Heredi-

bus suis post mortem suam emi fundum; qui non serviat in monumenti aut sepulchri usum: quam domum, equum, bovem, servum, aut quodcumque aliud; de quo emendo mandatum post mandantis mortem concipi non posse, supra demonstravi. U-runt tamen te, sat video, clara Gaji verba, *Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.* Verum age, videamus, ne quæ Gajo nocuerit mala manus, non intellectis Siglis quibus scriptus fuerit optimus locus. Sic suspicor; & ideo Gajum, donec doctior quis alicunde adferat quid probabilius, ita restituiam. *Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam H. M. fundum emeris.* Id vero sic exponam. *Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam hereditario monumento emeris fundum.* Sane *hereditarium sepulchrum* esse, idem Gajus ait, quod quis sibi heredibusque, sicut *familiare*, quod quis sibi familiæque suæ, constituit *l. 5. D. de religiosis*. porro quo animo fiant monumenta, ipsis inscribi solere, Ulpianus auctor est *l. 6. D. cod. tit.* & probant hæc & similia Sigla apud Valerium Probum, & alios, H. M. AD. H. N. T. id est, *hoc monumentum ad heredes non transit*; item, H. M. H. N. S. id est, *hoc monumentum heredes non sequitur.* Igitur cum in *d. l. 13.* hæc reperirentur literæ, H. M. facile accidit; ut, cum legendum esset, *hereditario monumento*, imprudentior Librarius scriberet, *heredibus meis*, cum utrumque iisdem significari literis toleret, utique H. I. *hereditario jure*, & HEM. M. *heredem meum*, denotare, ex Diacono constat.

CAPUT IV.

In l. 18. §. 2. D. de mortis causa donationibus non mandatum esse, sed fideicommissum.

Superest, ut ad Julianum veniamus, & respondeamus Francisco Hotmano *lib. 2. Amicabilium Responsionum c. 38.* existimanti, mandatum, post mandatoris mortem conceptum, post eam valere; etsi non semper, quod volebat Jacobus Cujacius *lib.*

1. Observ. c. 38. sed si mandetur, quod demum possit post ejus mortem impleri: tale enim mandatum non contractu mandati & actu inter vivos centeri; sed haberi ultimæ speciem voluntatis. At Hotmanum ratio refutat: confundit enim man-

mandatum, quod inter vivos contrahitur consensu, cum mandato quod a testatore datur in testamento: hoc enim a Veteribus annumerari ultimis voluntatibus, rationis est. sed quis. Veterum docuit Hotmanum, mandatum, duorum consensu perfectum, actum ultimæ voluntatis, non contractum inter vivos, videri? nemo unus. quamquam utitur Hotmanus auctoritate Juliani l. 18. §. 2. D. de mortis causa donationibus. Verba Juliani, si quis inspicere velit, apposui. ea verba sunt.

Titia chirographa debitorum suorum, Septicius & Mævius, donatura illis Ageria dedit: & rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret; si convaluisset, sibi redderet: morte secuta, Mævius Titia filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio & Mævio superscriptis dedit. Queritur, si Mævius heres summam quæ debebatur, ex chirographis superscriptis petat, vel ipsa chirographa: an exceptione excludi possit? Respondit, Mævium vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri posse.

Sed nihil ad rem pertinet Julianus; speciem quam tractat considerantibus. non est enim in ea mandatum, de quo quærimus: magis fideicommissum est, quod egreditur propositæ quæstionis terminos. Species hæc est. Titia cum haberet duos debitores, Septicius & Mævius; velletque sua chirographa eis donare mortis causa, dedit, sive donavit ea Ageriæ; & rogavit eam, ut si decessisset, ea chirographa daret Septicio & Mævio: si convaluisset, sibi redderet. deinde mortua est Titia: ei heres extitit Mævius, ejus filia. Ageria Septicio & Mævio chirographa ita, ut rogata erat, dedit. Mævius vero, Titia heres, summam quæ debebatur, petit ex chirographis superscriptis, vel ipsa chirographa. Queritur, an recte? Sed non placet Juliano. imo ait, Mævium vel pacti conventi, vel doli mali, exceptione removeri posse: non aliam ob causam, quam quia Titia, cum vellet chirographa sua debitoribus suis, Septicio & Mævio, mortis causa donare, ea dedit Ageriæ: ac rogavit eam, ut ea sibi, si

convaluisset; si aliter, Septicio & Mævio restitueret. Ita licuit Ageriæ, quamvis post Titia mortem, chirographa dare Septicio & Mævio: quia non reddidit eis Titia chirographa ex mandato Titia; ne quis dicat, mandatum morte dissolvi. sed sua ex fideicommissio. Atqui, inquit, nulla intervenit inter Ageriam & Septicius ac Mævium stipulatio aut conventio. Sic est; & ideo non potuerit Civili Jure Septicius & Mævius ab Ageria petere chirographorum restitutionem: tantum poterat Mævius, Titia heres, ea condicere, cessante in restitutione Ageria. Verum id non obstabat, quo minus Ageria, si chirographa ultro daret Septicio & Mævio, jure dare videretur: & si a Mævio Titia herede conveniretur, se tueri posset exceptione: utique post Constitutionem D. Pii l. 77. D. de legatis lib. 1. Nil quoque impediēbat, quo minus Ageria a Septicio & Mævio, etsi nulla intervenisset stipulatio, juxta Titia voluntatem conveniretur: non quidem ex regulis Juris, neque dicta actione; sed actione utili ex D. Pii, de qua dixi, Constitutione l. 37. §. 3. D. de legatis lib. 3. Actione, inquam, utili: quam Alexander actionem fideicommissi appellat l. 1. C. de donationibus causa mortis. Sic censeo. atque eam Juris formam, cum veteris, tum novi ex benigna Principum interpretatione, etiam in donatione sub modo facta observant Impp. Diocletianus & Maximianus l. 3. C. de donationibus quæ sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur. Igitur, ut ad Julianum revertar, si Mævius, ut potest ex subtilitate Juris, experiatur adversus Ageriam, cum qua pacta fuit Titia, recte ait Julianus, eam exceptione pacti conventi removeri posse: si vero adversus Septicius & Mævium, exceptione doli mali. sic enim Julianum interpretatur Ulpianus l. 3. §. 2. D. de liberatione legata: & præterea ait l. 10. §. 2. D. de pactis, quod Plerumque solemus dicere, doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis, quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros, & Julianus scripsit, & alii plerique consentiunt.

CAPUT V.

Ex Senatusconsulto, temporibus Imperatoris Claudii factò, in Urbe licuisse patruo fratris sui filiam uxorem ducere, florentibus Jurisconsultis, ex quibus collecta sunt Pandectarum fragmenta. An in Provinciis quoque? non videri. Quæ in Urbe sunt singulari ratione constituta, non fuisse utique in Provinciis recepta. Gajus l. 55. D. de ritu nuptiarum expositus ope Inscriptionis. Interpolatum videri quemdam ejusdem Gaji locum, qui est lib. 1. Institutionum, tit. de matrimoniis §. 3. Rejuncta Francisci Hotmani sententia.

Placuit vetere Romanorum jure (de quo Plutarchus, *Question. Roman. Edit. Paris pag. 265. tom. 2. a Justo Lipsio adductus, ad lib. 12. Annal. Taciti c. 7. n. 16.*) ne quis uxorem duceret fratris aut sororis filiam: & si contra faceret, ut incestæ haberentur nuptiæ. Sed id jus, quoad fratris filiam, mutatum fuit, Imperatore Claudio: quem Suetonius, ejus vita c. 26. scribit, illecebris Agrippinæ, Germanici fratris sui filia, per jus otculi & blanditiarum occasiones plectum in amorem, subornavisse proximo Senatu, qui cen-

seret, cogendum se ad ducendum eam uxorem, quasi reipublicæ maxime interesset, dandamque cæteris veniam talium conjugiorum quæ ad id tempus incesta habebantur. Formam autem Senatusconsulti exhibet Tacitus lib. 12. *Annal. c. 7.* cum sic loquitur, *Senatumque ingressus (Claudius) decretum postulat, quo justæ inter patruos fratrumque filias nuptiæ etiam in posterum statuerentur.* Sed id Senatusconsultum, quia nominatim loquutum fuit de fratris, non de sororis, filia, strictè acceptum videtur: ut pleraque quæ contra re-

gulas Juris singulari ratione introducuntur. Ita cœpit quidem in fratris filia jus novum obtinere; in sororis autem filia antiquum observatum fuit. Maxime, postquam Imperatori Nervæ placuit, quibusdam, ut fit, laxius Senatusconsulti indulgentiam accipientibus, prohibere, quod Xiphilinus refert, uxorem duci *ἀδελφίδην*: id est, filiam non fratris, sed sororis; ut optime interpretantur Clarissimi Viri, Jacobus Cujacius *lib. 13. Observ. c. 16.* Franciscus Hotmanus, *De ritu nuptiarum c. 5.* & Petrus Pithæus *Notis ad Collationem legum Mosaicarum & Romanarum, tit. 6.* Juvatque hanc interpretationem, quod adhuc Marcus Antoninus, is qui Philosophus appellatur, deinde filiam suam Lucillam despondit fratri suo Ælio Vero; ut Capitolinus scribit, *vita M. Antonini Philosophi c. 7.* nec putavit vir non minus sanctus, quam sapiens, se quidquam facere populi Romani legibus aut moribus contrarium. Sed & Veteres Jurisconsulti qui in Digestis disputant de nuptiarum prohibitione, quæ incidit in tertium lineæ transversæ gradum, meminere quidem filiæ ac neptis sororis, sed non fratris *l. 56. l. 39. D. de ritu nuptiarum. l. 11. l. 38. D. Ad legem Juliam de adulteriis*; item avunculi, sed non patrui *l. ult. D. de conditione sine causa, § l. 57. §. 1. D. de ritu nuptiarum*: ut idem observavit Dominus Cujacius *d. lib. 13. Observ. c. 16. & ad Novell. 12.* Id vero quo pertinet? nisi ut intelligamus, Senatusconsultum Claudianum tempore mediæ Jurisprudentiæ sine interruptione viguisse; atque adeo nihil intercedere, quo minus apud Patriatorem Legum Mosaicarum & Romanarum *d. tit. 6.* ita scribatur ab Ulpiano, *libro singulari Regularum, sub tit. De nuptiis. Inter cognatos autem ex transverso gradu omnia quidem matrimonia contrahi non poterant, nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis.*

At turbas movet Gajus *l. 55. §. 1. D. de ritu nuptiarum*: cum sic ait. *Patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut neptem ex filio, uxorem ducere non possum: scilicet, si in familia ejus sim. alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias: scilicet, quia post emancipationem extraneus intelligor.* Sed videamus, ne Gajus non ad Urbicum, sed ad Provinciale, Jus respiciat; nolitque, in proposito quod Romæ, idem in Provinciis, obtinere. Mihi sane sic sedet; atque eo verius: quia nec alibi, quidquid in Urbe singulari jure recipitur, etiam ad Provincias porrigitur.

Indicium mihi, quod de delegatione jurisdictionis fideicommissariæ ita Suetonius loquitur in *Claudius c. 23. Jurisdictionem de fideicommissis quotannis, & tantum in urbe delegari magistratibus solitam, in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Sed & Ulpianus in *Fragm. tit. xi. §. 1.* sic scribit, *Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a Patre urbis ei mulieri virginive quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, si legitimus tutorem pupilla non habeat.* Sed postea Senatus censuit, ut etiam in provincia quoque similiter a Præsidibus earum ex eadem causa tutores dentur. Præterea cessio bonorum, quæ debitoribus qui solvendo non sunt, Lege Julia indulta est ad evitacionem carceris, initio quidem intra Urbem atque Italiam obtinuit; sed ad Provincias non pertinuit, antequam novis Principum Constitutionibus etiam ad eas porrigeretur. Testes Diocletianus & Maximianus *l. 4. C. Qui bonis cedere possunt. Legis Juliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus Divorum nostrorum paren-*

tum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est.

Possem plura adferre; sed hæc suffecerint, ut demonstrem, saepe in Urbe permitti singulari jure, quod in Provinciis non æque conceditur per consequentiam. neque adeo faciam quidquam a ratione alienum; si dicam, ex Senatusconsulto Claudiano in Urbe, atque intra Italiam, quidem fuisse justum patrui cum fratris filia matrimonium; in Provinciis autem fuisse incestum: & hoc Gajum voluisse *d. l. 55. §. 1.* Nec abhorret ab hac conjectura loci Intercriptio: quæ habet, *Gajus lib. 11. Ad Edictum Provinciale*; ac, nisi fallor, clare ostendit, Gaji sermonem non de Edicto Urbico, ad quod etiam scripsisse eum apparet ex Indice Pandectarum, & *l. 5. D. de adimendis vel transferendis legatis*, sed de Provinciali Jure esse.

At enim idem Gajus *lib. 1. Inst. tit. De matrimonio §. 3.* indistincte scribit, *Fratris quoque & sororis filiam uxorem ducere non licet.* Quid, si dicam, Gajum ab Aniano inflexum esse ad seculi morem sui? ita sane Pithæus, *Notis ad d. tit. 6.* Quo jure? optimo: si cogitemus, quod, cum Gajus hoc in Institutionibus scripsit, contrarium in Urbe jus fuit: id est idem quod fuit tempore Ulpiani scripsit enim Gajus Institutiones post excessum Antonini Pii: ut ostendit *l. 1. D. de his qui sui vel alieni juris sunt*; quæ est ex *Gaji lib. 1. Institutionum*; & allegat Constitutionem Antonini, id est, Pii; sed Divi, id est, jam mortui: sub Antonino autem Philosopho qui Pio successit, justum fuisse patrui cum fratris filia matrimonium, jam evici eo quod is Imperator filiam suam Lucillam uxorem dedit Ælio Vero: id est, fratri suo adoptivo. Exposui meam, & puto, veram sententiam.

Alia est Francisci Hotmani, hominis inclyti & eruditi, *De ritu nuptiarum c. 5.* is existimat, moribus permissum ex Senatusconsulto Claudiano fuisse matrimonium patrui cum fratris filia; non omni, sed naturali, non etiam adoptivo; atque ita Gajum cum Ulpiano, cæterisque Jurisconsultis esse componendum. Sed Hotmanum refutat ratio: etiam exemplum Imperatoris Antonini Philosophi: quem dixi filiam suam Lucillam in matrimonium dedisse Ælio Vero fratri suo, non naturali, sed adoptivo: ut apparet ex Capitolino, *Antonino Pio c. 4.* & Spartiano, *Adriano c. 23.* Non igitur naturalem fratrem ab adoptivo in hac specie distinxerunt Veteres; sed Jus Urbanum a Provinciali.

Plane fuisse eam distinctionem aliquando in Syria neglectam ut opiner, facile adducor Edicto Imp. Diocletiani & Maximiani, Damasci, quæ urbs est in Syria, dato, Tusco & Anulino Consulibus. extat id in *d. tit. 6.* attestatur vero, in ea Provincia complures pecudum ac ferarum ritu ad illicita connubia instinctu exurgende libidinis sine ullo respectu pudoris ac pietatis irruisse. Sed hæc facti esse, ex ipso Edicto constat, vel me tacente. Illo porro Edicto cum sic cavetur, *Sed & post hanc, religionem sanctitatemque in connubiis copulandis volumus ab unoquoque servari, ut se ad disciplinam legesque Romanas meminerint pertinere, & eas tantum sciant nuptias licitas quæ sunt Romano jure permixtae*: non restituitur, sed inducitur forma Juris Romani, sive Urbici: nec ubique in Provinciis, sed in Syria. ita ad hanc pertinet tantum, quod deinde additur, *Cum quibus autem personis tam cognatorum, quam affinium numero contrahi non liceat matrimonium,*
hoc

hoc Edicto nostro complexi sumus : cum filia , nepte, pronepte , matre , avia , proavia : & ex latere amita , ac matertera , sororis filia , & ex ea nepte . Atque ut hoc jure eo Edicto a Diocletiano & Maximiano est specialiter positum Syriæ , ita ibi rursus abrogatum a Constantino & Constantio l. 1. Cod. Theod. de incestis nuptiis , indicante loci Inscriptione , quæ est ad Provinciales Fenices . quod est sum-

mopere notandum . nec minus , explicandam ad hunc modum esse l. 17. C. de nuptiis , quæ est desumpta ex Edicto Diocletiani & Maximiani quo de monui : ut ex tenore , etiam ex Inscriptione & Subscriptione d. l. 17. liquet . hæc autem ejus verba , Præterea fratris filia & ex ea nepte , eum in Edicto desint , Triboniani esse , jam deprehendit diligentia Jacobi Gothofredi , V. CL. ad d. l. 1. C. Theod.

CAPUT VI.

Ulpianus levi mendo liberatus l. 45. §. 6. D. de ritu nuptiarum.

Hoc capite liberabo Ulpianum levi mendo quod nondum , quantum memini , expunxere Doctissimi Viri . Sed primum adscribam Ulpiani verba : ea verba l. 45. §. 6. D. de ritu nuptiarum hæc sunt .

Si ab hostibus patronus captus esse proponatur , vereor , ne possit ista connubium habere nubendo : quemadmodum haberet , si mortuus esset . Et qui Juliani sententiam probant , dicerent non habituram connubium : putat enim Julianus , durare ejus libertæ matrimonium etiam in captivitate , propter patroni reverentiam . Certe si in aliam servitutem patronus sit deductus , procul dubio dissolutum esset matrimonium .

In omnibus codicibus ita constanter legitur circa initium , Vereor , ne possit : eaque verba V. CL. Ludovicus Russardus , Marginalibus Notis , sic accipit , quasi neget Ulpianus , libertam , capto ab hostibus patrono cui nupta erat , habere jus connubii cum alio ; quemadmodum haberet , si mortuus esset patronus . Nec nego , id egisse Ulpianum , quod intendit Russardus : verissimum enim est eo seculo . sed Russardi interpretationem convenire Ulpiani verbis nego ; si , ut decet , servamus verborum proprietatem . apud Latinos enim hoc , Vereor , ne possit

habere liberta , non sonat , Puto , non habere libertam ; quod existimasse videtur Russardus : sed , Puto , eam habere posse . affirmat igitur , non negat : ut in illo Tryphonini l. 67. §. 3. D. eod. tit. Finita jam tutela , & nupta puella alii , vereor , ne longum sit , adoptionem mariti ejus impedire . Tryphoninus ait , putare se , longum esse , adoptionem mariti impedire ; si puellæ tutor , finita tutela , & puella alii nupta , velit ejus maritum adoptare . Qui igitur cello , corrigere Ulpianum d. §. 6. l. 45. & legere : Si ab hostibus patronus captus esse proponatur , vereor , ne non possit ista connubium habere nubendo . Sensus verissimus , Puto , libertam , capto ab hostibus patrono , non posse connubium habere nubendo . Et ad hunc modum ipse Ulpianus l. 9. §. 1. D. de jure dotium , Et , inquit , vereor , ne non possint in dominio ejus effici cui data sunt . Sensus ; Puto non posse in dominio ejus effici . Eadem forma Paulus l. 48. §. 1. D. de acquirendo rerum dominio . Verba Pauli . Pomponius verendum , ne non sit bonæ fidei possessor quamvis capiat . Paulus significat , Pomponium judicare , non esse bonæ fidei possessorem , quamvis capiat .

CAPUT VII.

Quomodo fiducia, pignus, & hypotheca, apud Veteres distinguantur? Isidorus emendatus.

Ambrosius , De Tobia c. 12. hypothecam , pignus , & fiduciam distinguit : cum , Hypothecas , inquit , flagitat , pignus usurpat , fiducias vocat . Sed quomodo , videamus . puto autem , Hypotheca proprie dicitur , cum debitor rem creditori obligat nudo pacto , quamquam non interveniente possessionis traditione . Pignus , cum debitor possessionem creditori tradit l. 9. §. 2. D. de pignoratitia actione : ita ut soluto debito , aut cum aliter creditori satisfactum erit , eadem possessio sibi restituatur . Fiducia , cum debitor rem creditori non dicam tradit , sed per æs & libram mancipat , vel in jure cedit ; hac lege , ut debito creditori persoluto , eadem res debitori a creditore remanipetur . Eam differentiam notat Isidorus lib. 5. Originum c. 25. pag. 932. his verbis . Inter pignus & hypothecam hoc interest , Pignus est enim quod propter rem creditam obligatur : cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor . cæterum dominium penes debitorem est . Fiducia est , cum res aliqua sumenda mutua pecunie gratia vel mancipatur : vel in jure ceditur . Hypotheca est , cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris pacto vel cautione sola interveniente . Sic editur . sed scribo , Hypotheca

est , cum res aliqua obligatur , vel si mavis , commodatur sine depositione pignoris , pacto vel cautione sola interveniente . Nihil enim commune hypothecæ cum commodato : neque ulquam legimus , ut hypotheca sit , rem sine pignoris depositione commodari , pacto vel cautione sola interveniente ; sed rem hypothecæ , pacto vel cautione interveniente obligari , recte dicimus l. 4. D. de pignoribus & hypothecis . eodemque sensu scribi potest , & propius a recepta lectione , commodari , puto autem , connodare dici ; ut connectere , conligare , conjungere , consicere , conadunare , & plura alia . Hoc quoque vere addit Isidorus , quod hypotheca est , cum res pacto obligatur sine depositione pignoris . Id enim valet , sine traditione possessionis ad tempus : quam in pignore fieri , Isidorus ait . Unde poni & deponi dicitur pignus , apud Paulum l. 36. D. de conductione indebiti ; & lib. 2. Sentent. tit. 5. §. 1. & in Rubrica IV. ejusdem libri , quæ est , De commodato , & deposito pignore fiduciæ . Sed ea depositio , sive traditio , quia nulla necessaria est in hypotheca ; ut ante demonstravi ex d. l. 9. §. 2. D. de pignoratitia actione ; optime Isidorus ait , hypothecam esse , cum res aliqua ob-

ligatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. Quod & Justinianus probat §. 7. *Inst. de actionibus*. Cæterum, sicut inter pignus & hypothecam, sic inter pignus & fiduciam interest. Nam in pignore nulla fit cessio vel mancipatio; sed nuda traditio: in fiducia vero non fit nuda traditio; sed solemnitas mancipatio, vel in jure cessio. In pignore igitur non dominium, sed possessio, creditori traditur; donec ei solvatur l. 34. §. 1. *D. de pigneratitia actione*: in fiducia vero, donec solvatur, creditori non possessio, sed dominium datur; & ideo potest creditori pignus a debitore vendi: quia in dominio debitoris manet, auctore Tryphonino l. 12. *D. de distractione pignorum*: fiducia creditori a debitore vendi non potest: ut Paulus refert lib. 2. *Sentent. tit. 13. §. 5.* quia suæ rei emptio non va-

let l. 16. *D. §. 1. 4. C. de contrahenda emptione*. præterea servis suis legatis, placet quidem, quos quis pignori hypothecæve dedit, contineri l. 73. §. 2. *D. de legatis lib. 3.* sed quos fiduciæ dedit, non contineri; auctore Paulo lib. 3. *Sentent. tit. 8. §. 52.* porro soluto debito, debet quidem creditor pignoris possessionem quæ corporalis apud eum fuit, restituere; nec quidquam amplius præstare cogitur l. 40. §. 2. *D. de pigneratitia actione*. at fiduciam non modo tradere, sed remancipare cogitur: ut Paulus docet d. lib. 2. *Sentent. tit. 13. §. 5.* altera in specie debitori actio pigneratitia, in altera de fiducia, adversus creditorem datur. *ad loc.* ita hic omnis fiducia est pignus; sed non omne pignus est fiducia.

* *

CAPUT VIII.

Fuisse Prætoricam causam justam & necessariam in Edicto suo proponendi actionem Servianam, & mox quasi Servianam, quæ alias hypothecaria appellatur. Et quænam fuerit illa ratio.

Superiore capite dixi de differentia hypothecæ, pignoris, & fiduciæ: sequente ejus usum exponam. nam & ea pulchra atque elegans inspectio est. Hypotheca debetur Juri non Civili, sed Prætorio. Auctor Paulus l. 17. §. 2. *D. de pactis*; cum ait, *De pignore jure honorario nascitur pacto actio*. Et ita est: de hypotheca (pignus enim pro hypotheca dixit Paulus) ex pacto nascitur actio: quia id pactum Prætoris Edicto confirmatur, ipsa volente utilitate. nam hypotheca, nudo pacto facta, ante hoc Edictum nullius momenti erat Jure Civili. pignore vero tradito, erat creditori, si a debitore in rem actione conveniretur, retentio opposita exceptione. nascebatur & actio pigneratitia directa & contraria t. t. *D. de pigneratitia actione vel contra*. utraque in personam erat, atque inter debitorem & creditorem obtinebat: sed nulla erat in rem actio qua creditor, amissa possessione, adversus tertium possessorem experiretur: quia creditor, quamquam poterat dicere, debitorem sibi teneri ex contractu pigneratitio; non tamen poterat dicere, suam rem esse quæ ei pignori tradita erat. multo minus poterat id dicere creditor, si ei ne tradita quidem res esset, sed nuda conventionione obligata. Igitur ut dominium, simul in rem actio, ei competeret adversus qualemcumque possessorem; necesse erat, ei pignus a debitore in jure cedi apud Prætorem, vel ex jure Quiritium mancipari, contracta fiducia: hoc est, ita ut ei soluto debito remanciparetur. Erat porro hominibus incommodum, in quibuscumque rebus, & majoribus & minoribus, & in urbe & ruri, & præsentibus & absentibus; & in Italia & in provinciis, solemnitates adhibere quas in fiducia intervenire oportuit. Ut enim præteream solemnitas verba quæ tantum inter præsentibus pronuntiari jus erat; non erat semper, neque ubique copia quinque civium Romanorum puberum, præter libripendem, ut mancipatio fieri posset, aut Prætoris, ut in jure cessio fieret. adde, quod mancipatio tantum in rebus mancipi, & inter cives Romanos, Latinosque colonarios, & Latinos Junianos, obtineret; non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos; nisi si

quibus commercium datum esset: auctore Ulpiano in *Fragm. tit. 19*. Igitur in re difficili & necessaria Prætor succurrit. is motus utilitate contrahentium, Edicto promisit, servaturum se hypothecas, nuda conventionione obligatas, primum in investitis & inductis atque illatis in prædium rusticum, deinde in reliquis omnibus §. 7. *Inst. de actionibus*. d. l. 17. §. 3. *D. de pactis*. l. 4. *D. de pignoribus & hypothecis*. Nec ad rem pertinere existimavit, utrum mancipi sint, an nec mancipi; nec magis desideravit, ut ex Jure Quiritium obligantis sint. quin sufficere voluit, si tantum in bonis ejus sint l. 6. *C. Si aliena res pignori data sit*. l. 15. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*. Non distinxit quoque, utrum cives, an peregrini, præsentibus, an absentibus, sint qui de hypotheca conveniant l. 23. §. 1. *D. eod. tit.* Non etiam distinxit, quibus verbis paciscantur, solemnibus, an aliis: sicut & in his obligationibus quæ consensu contrahuntur, & ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypotheca sit, & probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. tantum enim, ut conventum sit, Prætor postulat; & fiunt de his scripturæ, ut quod actum est, facilius probari possit; & sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem l. 4. *D. eod. tit.* Inde sicut fiducia contracta vel cessione, vel mancipatione, poterat eam creditor, quasi dominus, Jure Civili vindicare a quocumque possessore: ita, si res obligata esset nudo pacto, sive nulla interveniente traditione, sive aliqua, videbatur creditor, auctoritate Edicti, non quidem dominium, sed jus in re accepisse l. 19. *D. de damno infecto*, atque adeo facultatem rem sibi obligatam, actione Serviana, vel quasi Serviana, a quocumque possessore repetendi. Cæterum, quia ea actio creditori datur adversus qualemcumque possessorem, sive creditori data fuerit possessio, sive non fuerit, apparet, quantum ad eam attinet, nullam inter pignus & hypothecam esse differentiam: præterquam in sono nominis; etsi alioquin inter hæc maxima sit: ut recte Marcianus observavit, *libro singulari Ad formulam hypothecariam*, l. 5 §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*: & plenius Justinianus d. §. 7.

CAPUT IX.

*Antichresin recte definiri a Jureconsultis, mutuum pignoris usum; ab iis-
que Claudium Salmasium, V. CL. sine ratione dissentire. Marcianus
l. 33. D. de pigneratitia actione explicitus, salva veteri lectione adver-
sus Salmasium. Verbum pro formula ibidem & in aliis quibusdam lo-
cis. Idem Marcianus ex conjectura emendatus l. 11. §. 1. D. de pignori-
bus & hypothecis.*

Hoc capite videndum erit, quid antichresis sit. cum enim nostri eam definiant, mutuum pignoris usum; contra inclamat Salmasius, *De modo usurarum c. 14. pag. 611.* eos qui se profitentur Jurisconsultos, ignorare, quid sit proprie ἀντίχρησις; rogatque eos, ut velint doceri a se, qui non sit Jurisconsultus. quod enim hactenus creditum ab illis fuerit, antichresin esse *mutuum usum*, oportere eos nunc dediscere, & scire, *contrarium mutuum* ea voce significari; denique, tantum abesse, ut antichresis sit mutui pignoris usus, ut ne pignus quidem sit. Moverat autem Salmasium duplex causa. una est, quod χρεῖσις Græcis non solum *usus*, ἀπὸ τῆς χρεῖσος; sed & *mutuum*, ἀπὸ τῆς χρεώσεως, inde χρεώτης creditor. hinc ergo ἀντίχρησις contrarium mutuum. altera causa est, quod nisi ἀντίχρησις sit contrarium mutuum, vix possit capi mens Romanorum Jurisconsultorum, in primis Marciani in *l. 33. D. de pigneratitia actione*, & in *l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*. mitto Papinianum: apud quem in *l. 9. §. 2. D. de supellectile legata* extet vera ac germana antichresis, quæ ex omni parte congruat naturæ mutui.

Sed videamus, ne tanto clamore nihil efficiat Salmasius. nam quod primum ait, χρεῖσις Græcis non solum usum, sed & mutuum esse, nullius momenti est: quia inde non magis sequitur, antichresin contrarium mutuum significare, quam mutuum usum. Age vero, cum corpora Civili Jure quidem utenda dari possint, sed non mutua; aliquone tandem colore Salmasius, corporibus, verbi gratia, fundis aut ædibus, in antichresin datis, contrarium interpretatur mutuum? Sed quid certius est, considerantibus Veterum rationem, quam antichresin quæ est corporum, verbi gratia, ædium aut fundorum, apud Marcianum in *d. l. 11. §. 1.* non contrarium mutuum, sed mutuum, seu vicarium, usum indigitare? At nisi antichresis sit contrarium mutuum; negat Salmasius, posse capi mentem Romanorum Jurisconsultorum. Hoc igitur, age, experiamur. primum utitur Salmasius duobus Marciani locis, quorum prior in *l. 33. D. de pigneratitia actione* forma hac est.

Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitia actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν. nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Ait Salmasius, ἀντίχρησιν in his verbis non esse mutuum usum; sed fundum in ἀντίχρησιν datum, nam debitorem dici ἀντίχρησιν repetere ac recuperare a creditore, cum, soluto debito, fundum ἀντίχρησιν recipit. Sit ita: at Marcianus antichresin vocat pignus; non contrarium mutuum. Atque hoc non ignorat Salmasius: verum ea verba non Marciani, sed Tribonianum, esse existimat: causatus, antichresin potius contrarium mutuum, quam pignus esse. Sed nugas agit Salmasius. pri-

mum enim pro certo ponit ipsum quod est questionis, quod quam ineptum sit, & contra disputandi rationem, vel me tacente, cuius apparere potest, deinde quid verius est, quam antichresin apud Marcianum non contrarium mutuum significare; sed pignus creditori datum, ea lege ut ejus fructus percipiat in vicem usurarum? Quod ut clarius sit, sciendum est, antichresin modo accipi pro re quæ in antichresin datur; modo pro conventionem qua antichresis constituitur: pari ratione qua pignus dicimus pro re quæ pignori datur, & pro conventionem pignoris; item qua dotem dicimus ipsam pecuniam quæ in dotem datur, & gestionem ejus negotii. atque hoc quoque cum fateatur Salmasius, & alias notum sit, apud Marcianum neque interpretatione contrarii mutui, neque emendatione Salmasii opus est. nam est optimus Marciani sensus; Debitor accepta mutua pecunia, fundum creditori dedit in antichresin; id est, ita, ut & pignori ei sit, & mutuo usui; sive, uti fructus habeat in vicem usurarum: is debitor, si eam pecuniam creditori deinde solverit, potest pigneratitia actione uti ad recuperandam antichresin; id est, rem ita pignoratam, ut creditor ejus mutuum usum, atque adeo ejus fructus habeat in vicem usurarum. & addit Marcianus rationem, quæ ratio est optima; Nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti Marciani sensus est: Cum antichresis sit pignus, quid obstat, quo minus debitor, quod in pignore jus est, soluto debito, ad recuperandam antichresin hoc verbo, id est, hac formula, quæ est pigneratitia actio, uti possit? Sic mihi videtur: nec quis miretur, me hoc verbo pro hac formula accipere apud Marcianum. nam & Modestinus in *l. 4. §. 2. D. de vulgari & pupillari substitutione* similiter dicit *Commune verbum* pro formula vulgaris substitutionis: cum sic scribit, Si alter puer, alter impubes, hoc communi verbo, eosque invicem substituo, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem. Imperator quoque Justinianus *l. 35. C. de inofficioso testamento* in eundem sensum, Si quando, inquit, talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, nisi ut habeat legitimam & consuetam testamenti factionem: neque enim credendum est, Romanum Principem qui jura tueretur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti. Etiam Constantinus *l. 2. C. de bonis vacantibus*. Verba Constantini. Si quando adnotationes nostra contineant, possessionem, sive domum, quam donaverimus, integro statu donatam: hoc verbo ea vis continebitur quam ante scribebamus, cum adjacentibus, & mancipiis, & pecoribus, & fructibus, & omni jure suo. &c. Exposui unum Marciani locum quem temere urget Salmasius.

Quis

Quis alter? extrat in l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, verbis sequentibus.

Si antichresis facta sit, & in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

Sic Marcianus. at quid Salmasius? Hic, inquit, quæro, an antichresis quæ facta esse dicitur, accipi possit pro mutuo usu; ut vulgo in ipsa lege interpretationis vice inferunt? & subjicit Salmasius, Non ego putem, si sanus sim. quid enim esset, mutuum usum facere? at mutuum facit qui mutuum dat, atque ut mediæ Latinitatis auctores locuti sunt, qui mutuatur. ergo, inquit Salmasius, antichresin facit debitor qui dat e contrario mutuum tradendo fundum aut aedes, ut creditor ex fructibus & pensionibus percipiat usurarum compensationem. alter mutuare, hoc est *χρησθαι*, alter remutuare, vel *ἀντιχρησθαι* dici potest. Hic itaque Marcianus *ἀντιχρησθαι* non pro ipso fundo *ἀντιχρησθαι*, ut supra, posuit; sed pro contrario mutuo. Sic fere Salmasius. Sed nondum in scirpo quærit. primum enim quid mutuo, quod consistit ex rebus quæ pondere, numero, aut mensura constant. l. 2. §. 1. & 3. D. de rebus creditis, cominune cum fundis aut aedibus de quibus loquitur Marcianus d. l. 11. §. 1. deinde est clarus Marciani sensus; Si antichresis facta sit, id est, si conventio sit facta quam vocamus antichresin. dicitur enim antichresis fieri; sicut dicitur pactum conventum fieri l. 7. §. 7. D. de pactis, & venditio fieri l. 34. §. 1. D. de contrahenda emptione, & emptio fieri §. 6. ejusdem loci, & locatio fieri l. 4. D. Locati conducti. Si, inquam, antichresis sit facta, id est, si conventio facta sit, quam vocamus antichresin, sive mutuum pignoris usum; & in fundum aut aedes aliquis inducatur, id est, & rei antichresticæ interveniat traditio, quæ traditio fit, inductione in vacuum fundi aut aedium possessionem; retinet creditor traditam sibi possessionem pignoris loco; eo usque, donec ei solvatur pecunia debita. scilicet, quia non magis agitur ea conventionem, ut creditor utatur re antichrestica, quam ut eam possideat, donec ei solvatur debitum. quod quid est, nisi ut interim eam habeat pignori? Non est igitur antichresis contrarium mutuum? sed est, ut dixi, mutui pignoris usus; cumque habet creditor non vi pignoris; sed conventionis ei adjectæ. nec tamen ob hujus accessionem utilitatis aut non sit pignus, aut tale esse definit. finge, Mævius Titio ob pecuniam mutuam aedes aut fundum obligavit pignori; & inter eos sit pactum, ut Titius, verbi gratia, fundi fructus perciperet in vicem usurarum, donec solvatur pecunia l. 17. C. de usuris; vel ut vice usurarum domum ejus inhabitaret l. 14. C. eod. tit. Titio deinde inducto in vacuum fundi aut domus possessionem, (id enim necesse est, ut frui possit) antichresis appellatur: nec causa est, cur non pignus videatur. Atque ita Marcianus d. l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis; & ideo antichresin exposuit libro singulari *Ad formulam hypothecariam*: ut constet ex Inscriptione d. l. 11. & d. l. 33. D. de pignoratitia actione. sed & recte ait in eadem l. 33. si debitor solverit pecuniam, posse eum directam pignoratitia actione uti ad recuperandam *ἀντιχρησθαι*; addita causa quæ est verissima, Nam cum pignus sit, hoc verbo, sive hac formula quæ est pignoratitia, posse uti. Porro ut debitor, soluto debito,

ad recuperandam antichresin potest pignoratitia actione uti adversus creditorem; sic nil impedit, quo minus creditor, si ejus possessionem amiserit, adhuc constante debito, ad possessionis repetitionem hypothecaria actione utatur adversus qualemcumque possessorem. id enim vult Marcianus d. l. 11. §. 1. sequentibus verbis. Itaque si amiserit possessionem, solet hac actione uti. Sic lego, hac actione; eaque intelligo formulam hypothecariam. quamquam in omnibus exemplaribus, etiam Florentiæ, legitur, *solet in factum actione uti*. Sed pro actione hypothecaria quam mea inducit emendatio, stat Titulus, *De pignoribus & hypothecis*, sub quo Titulo positum est id Caput. nec Titulus tantum, sed ipsius quoque Inscriptio Capitis: quæ Inscriptio est, *Marcianus lib. singulari Ad formulam hypothecariam*. Taceo, quod nusquam datur creditori in factum actio ad vindicandam possessionem; cum hypothecaria hunc in finem detur semper. postremo si antichresis est pignus, ut Marcianus censet, & res loquitur; quid ni in ea locum habeat hypothecaria, sive quasi Serviana actio? quam certum est in rem esse l. 17. D. de pignoribus, & creditori pro vindicando pignore competere adversus qualemcumque possessorem. Sed hoc vel Marcianus d. libro singulari *Ad formulam hypothecariam* docet l. 16. §. 3. D. eod. tit. Nec igitur audiendus Scholiastes Græcus, lib. 25. Basilic. tit. 2. Scholio add. l. 11. D. de pignoribus, lit. S. pag. 49. tom. 4. cum, Non, inquit, Serviana, sed in factum, non enim proprie pignus est, sed pignoris loco antichresin habet. Nam apud Marcianum pro, *Si amiserit possessionem, solet in factum actione uti*, sicut dixi, legendum, *Si amiserit possessionem, solet hac actione uti*, usitata in Pandectis ratione: in quibus toties legitur, *Hac actio*, vel, *In hac actione*, vel, *Hanc actionem*, nullo præterea addito; ut id probare pluribus si velim, fuerit forsitan anxietas atque etiam ineptæ diligentia. Nec tamen omiserim, quod qualis actio tali intelligatur locutione, aliquando ex Rubrica, aliquando non ex ea, sed ex ipsius Inscriptione Capitis, aliquando ex utraque, cognoscitur. Sic in l. 23. §. 8. D. *Ad legem Aquiliam*, in qua Ulpianus, *Hanc, inquit, actionem & heredi, ceterisque successoribus dari constat. Sed in heredem vel ceteros hac actio non dabitur, cum sit pœnalis*, exaudienda legis Aquiliæ actio est: quam & Rubrica & loci Inscriptio indigitat. In l. 13. §. 1. D. de pignoratitia actione, cum ait Ulpianus, *Venit in hac actione dolus & culpa*, &c. significatur actio pignoratitia: de qua loquitur Rubrica. Sed non hæc tenenda via est in l. ult. §. 1. & 6. D. *Nauta, cauponæ, stabularii*. Verba utriusque loci adscripsi: ea verba ex §. 1. hæc sunt. *Hac actio in factum in duplum est*. In §. 6. talia sunt. *Hac judicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur*. Vides verba. at quam indignant actionem? num in factum ex recepto? possit imprudenti videri ex Rubrica, sub qua posita est d. l. ult. Sed non ita est. habet ea actio pro causa sua receptum, id est, conventionem; ut ex Edicto constat in l. 1. D. d. tit. & est persecutoria, atque in heredem datur l. 3. §. 4. D. eod. tit. illa vero de qua Ulpianus agit in d. l. ult. §. 1. & 6. non est ex recepto, neque persecutoria; sed pœnalis, & quasi ex maleficio, damno injuria dato ab his quos exercitor navis, cauponæ, aut stabuli, ad artis suæ exercitium adhibuerit l. 5. §. ult. D. de obligationibus, & actionibus.

Eam

Eam differentiam indicant Inscriptiones. nam *d. l. 3. §. 4.* est ex Ulpiani lib. xiv. ad Edictum ; cum *d. l. ult.* sit ex ejus lib. xviii. Illo libro exposuit Ulpianus Edictum de recepto ; ut ex *l. 1. D. eod. tit.* apparet. Hoc interpretatus est legem Aquiliam cum af-

finibus Edictis, ut ex plerisque Ulpiani legibus sub Titulo ad legem Aquiliam intelligitur. Sed de Marciano ; cujus testimonio usus hactenus est Salmasius, vel nimis.

CAPUT X.

Non esse probabilem Salmasii sententiam circa intellectum l. 9. §. 2. D. de supellectile legata. Alius & verus ejus sensus demonstratur, dispuncta macula quæ eum locum deformavit hactenus.

Veniamus nunc ad Papinianum in *l. 9. §. 2. D. de supellectile legata* : si enim credimus Salmasio, *De modo usurarum d. c. 14. pag. 631.* habemus ea in lege veram ac germanam ἀντίχρεσιν quæ ex omni parte congruat naturæ mutui. Verba Papiniani adscripsi. ea verba sunt.

Supellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit, utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, & restituendæ rei vinculum.

In his demonstratur quod intendit Salmasius, ait, argentum factum, æque ac numeratum, posse mutuum dari : sicut enim numeratum numero, sic factum pondere, consistere : addit, & usu consumi : nec enim deteri tantum, & utendo minus pondere fieri ; sed formam quoque sic deperire atque immutari, ut multum de pretio amittat, ac decoquat. ergo ita dari posse, Salmasius opinatur ; ut non idem specie, sed idem genere reddatur ; ejusdem nimirum qualitatis, ponderis, & formæ, ipsum vero hoc, ne obscurum esset, illustrat exemplo cochlearium argenteorum quæ quis alteri mutua dederit. ea si rupta sint, aut fissa, aut alio modo deteriora facta, vel si forte etiam sint deperdita : negat Salmasius, debitorem reddere posse aut debere eadem quæ mutua accepit, sed alia ejusdem formæ, bonitatis, ac ponderis. neque ad hunc finem subsistit : amplius addit, ergo, ut in mutuo solet, dominium eorum ad mutuatarium transiturum, ut restituat cochlearia eadem non specie, sed genere, tum his præmissis, transit ad thema *d. l. 9. §. 2.* aitque, eo in themate quemdam legavisse omnem suam supellectilem ; & quæsitum esse, an pignori acceptum argentum legato contineretur : Papinianum vero respondisse, non contineri quæso, quam ob rem ? quia, inquit Salmasius, non supellectilem alienam legavit testator, sed suam. at argentum factum pignori acceptum, non suum est creditori, sed alienum. & ex Papiniano subjicit, *Utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendæ rei vinculum.* Ex his vero verbis colligit Salmasius, si itaque illud argentum debitor creditori mutuum per ἀντίχρεσιν utendum dederit, tum legato contineri ; nam suum factum esse creditoris. hunc enim pecuniam numeratam alicui dedisse mutuum : illum contra huic argentum factum. reciproci esse χρεὴν, sive mutationem, argenti numerati ab una parte, facti ab altera. pro usu pecuniæ numeratæ, vel argenti signati, debitorem creditori concessisse utum argenti facti ; ita idem esse in utraque χρεὴν, sive mutuo : argentum signatum esse debitoris, factum creditoris fieri : hanc esse veram antichresin & ab utraque parte absolutam. Sic quidem Salmasius.

Ego vero ejus laudem inventionis ei non invideo. magis miror, sententiam tam absurdam probari homini non absurdo. Nisi profitenti, se non esse Jurisconsultum, indulgendum est, quod ignoret Juris rationem. Hoc tamen impurari ei possit, cur se misceat Juri Civili : cujus satis peritus non sit. An quis fando audivit, argentum factum, si utendum detur, aut pondere censer, aut usu consumi. aut mutuum dari, id est, sic, ut non idem specie, sed genere, reddatur ; denique, id ejus fieri qui utendum acceperit ? Atqui res loquitur, argentum factum, si quidem utendum detur, non pondere, sed corpore, censer : neque ejus substantiam utendo consumi, sed salvam manere post usum : & ideo non mutuum dari, sed commodari *l. 5. §. 14. l. 20. D. Commodati vel contra.* addam, nec accipientis fieri : sed dantis manere ; & ei finito usu, non in genere, sed in specie, restitui debere. sic enim in rebus commodatis solet : ac proinde si quæ argentea cochlearia alteri utenda data sint, atque ipsa rupta, fissa, aut deteriora facta, aut etiam deperdita sint ; is qui usum dedit, non ad hoc aget, ut ei alia ejusdem formæ, bonitatis, ac ponderis, reddantur, quod Salmasius censer ; sed ut ei ipsa in eadem specie, & non deteriorata, restituantur. quod si non fiat, & aliqua utentis culpa arguatur : placet, eam danti teneri, quanti ejus interest, rupta, fissa, aut deteriora facta, aut etiam deperdita non esse *l. 3. §. 1. D. Commodati vel contra* : si nulla ejus culpa intervenerit, sed casus, jam periculum non ad eum spectare qui utenda accepit, ut in mutuo, sed ad eum qui utenda dedit *§. 2. Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio.*

Verum tueretur Salmasium Papinianum *d. l. 9. §. 2. D. de supellectile legata.* negat enim, si testator omnem suam supellectilem legaverit, pignori acceptam eo legato contineri : & adfert causam ; ea causa est, quia non alienam legavit, sed suam ; pignori autem accepta a testatore non ejus, sed debitoris est. deinde subjicit, *Utique, si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* vult igitur, argentum factum pignori datum, si debitor creditori mutuum per antichresin utendum dedisset, legato contineri : quia jam creditoris esset. Quid dicimus ? quod Salmasius putat, non putasse Papinianum. Atqui pro Salmasio stant Papiniani verba. Non ita est : non enim meminit Papinianus argenti mutui dati. tantum dicit, argenteam supellectilem, pignori acceptam, creditoris esse, si in usu ejus fuerit debitoris voluntate ; non autem quod in alicujus usu est, etsi domini voluntate, utique ei mutuum datum est. nam & commodatum & locatum accipienti usum concedit. quis tamen dixerit, locato aut commodato corpore mutuum

rium contrahi? Non igitur quod Salmasius voluit, etiam Papinianus voluit: etsi ait, *Utique, si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* Quid si addam, corrupta esse Papiniani verba? id nemo dixit. Verissimum tamen esse, ut credas, rem auctorem dabo. Fuit Papiniano negotium, ostendere, legato *omnis sua supellectilis* non contineri supellectilem pignori acceptam: nisi creditor ejus dominium debitoris voluntate habuerit. id vero non efficitur eo quod in ejus usu est debitoris voluntate, est enim alius corporis usus, alia proprietas, seu dominium, quamquam possit videri contra censere Cicero lib. 7. *Ad Familiares*: qui cum ei Curius scripsisset epist. 29. *Sum enim xenois meus, tuus Attici nostri, ergo fructus est tuus, mancipium illius*, mox respondet epist. 30. *Cujus cum proprium te esse scribis mancipio & nexu, meum autem usu & fructu; contentus isto sum. id enim cujusque est proprium, quo quisque fruitur atque utitur.* At non ex arte loquitur Cicero: tantum, ut quam amplissimam faciat humanitatem Curii, qui dixerat, esse se ejus non mancipio, seu proprietate, sed usu & fructu, interpretatur suam esse proprietatem, si ejus effectum habeat, qui effectus totus ad utilitatem refertur, ceterum usum a jure, seu dominio, ac proprietate distingui, ne ipse quidem negat. Atque id tam verum est, ut eam differentiam, ne de nostris dicam, etiam Salvianus notet lib. 3. *Adversus avaritiam*, his verbis. *Sunt ex parentibus multi qui aequales filiis suis faciant portiones: nisi quod una tantum eos conditione discernunt, quod in his partibus quae religiosae videntur adscribi, utrum jubent ad eos, proprietatem ad alios pertinere.* Et post. *Fecit enim, ut sancta soboles usum rerum habens, jus rerum non habens, quasi locuples quidem viveret, sed quasi mendica moreretur.* Sic Salvianus. addo, Seneca lib. 7. *De benefic. c. 5.* Verba Senecae. *Conduxi domum a te, in hac aliquid tuum, aliquid meum, rest tua est: usus rei tua meus est.* Etiam Lucretius lib. 3. *De rerum natura.*

Vitaque mancupio nulli datur, omnibus usu.

Non igitur, si testator omnem suam supellectilem legavit, eo legato etiam pignori accepta continebitur: ne quidem si in ejus usu fuit voluntate debitoris; quia non ideo quod in ejus usu esset, ejus fuit: sed si dominium quoque debitoris voluntate accepit, verum est, quod Papinianus ait d. l. 9. legata omni sua supellectile, etiam pignori acceptam contineri. id vero non est, si simplex pignus sit; sed si fiducia sit. Isidorus audi lib. 5. *Originum c. 25.*

pag. 932. *Inter pignus, & fiduciam, & hypothecam, hoc interest. Pignus est enim quod propter rem creditam obligatur: cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. ceterum dominium penes debitorem est. Fiducia est, cum res aliqua sumenda mutua pecunia gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. Hypotheca est, cum res aliqua &c.* Distinguit igitur Papinianus d. l. 9. §. 2. *D. de supellectile legata* fiduciam a pignore; vultque, fiduciam eo legato contineri, pignus non contineri; neque scripsit, *Utique, si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*; etsi pro hac scriptura stant omnia exemplaria, sed ita, *Utique, si non juris creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* Pari locutione qua Paulus lib. 2. *Sentent. tit. 12. §. 1.* ait, *Deponere possumus apud alium id quod juris nostri est, vel alieni.* Ita sensus Papiniani d. l. 9. §. 2. est, *Supellectile sua omni legata, acceptum argentum pignori non contineri; utique, si non creditor dominium pignoris accepit, contracta fiducia: nam si hoc sit, magis creditoris esse.* Idque in tantum verum est, ut fiduciae datas res, neque debitoris esse, neque ab eo legari intelligi, Paulus auctor sit lib. 3. *Sentent. tit. 8. §. 72.* cum, *Servis*, inquit, *legatis ancilla quoque debentur, non item servi legatis ancillis. Sed ancillarum appellatione tam virgines, quam servorum pueri, continentur, his scilicet exceptis quae fiducia data sunt.* Sic est; si creditor debitoris voluntate acceperit obligatae supellectilis jus, sive dominium; (quod fit contracta fiducia) & legaverit omnem suam supellectilem; legato etiam pignori accepta continebitur: quia sua recte dicitur, longe aliter, ac si sit repositum propter contractus fidem ac restituenda rei vinculum. Sic habent plerique codices in d. l. 9. §. 2. Florentiae vero est, *propositum.* Scribo, *depositum.* non enim proponi aut reponi dicitur pignus; sed deponi: ut apud Paulum l. 36. *D. de conductione indebiti, & lib. 2. Sentent. tit. 5. §. 1.* & in Rubrica IV. ejusdem libri quae est, *De commodato, & deposito pignore fiduciave.* Sensus Papiniani est; Si supellex deposita sit apud creditorem propter contractus fidem, & restituenda rei vinculum, sive, ut Isidorus ait, *propter rem creditam*, eam legato non comprehendit: quia jam non creditoris, sed debitoris est. Et hoc Ulpianus observat l. 73. §. 2. *D. de legatis lib. 3.* his verbis, *Eos vero quos quis pignori hypothecave dedit, sine dubio inter suos legasse videbitur debitor, creditor nequaquam.*

CAPUT XI.

Quo sensu scribat Paulus l. 54. D. de contrahenda emptione, Rem bona fide venditam, propter minimam causam inemptam fieri non debere.

POtest fieri, ut fugiat me Pauli sensus l. 54. *D. de contrahenda emptione*, in qua sic scribit.

Res bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet.

Sed non, puto, fugit. *Causa* Paulo significat vitium aut morbum. Quo sensu hanc vocem saepe accipi apud Veteres, maxime Medicos, egregie observavit V. CL. Isaacus Casaubonus, ad *Aelii Spartiani Hadrianum c. 10. n. 4.* ab eaque causa Ulpiano l. 2. §. 2. *D. de his qui notantur infamia* dicitur *causaria missio*, quae propter valetudinem laboribus militiae

solvit. Sed & Senecae ad *Lucilium epist. 68.* appellantur *causariae partes animi* quibus adhibenda creatio est. Igitur *causa minima* Paulo est levissimum vitium, aut levissimus morbus: sensusque ejus, *Rem bona fide venditam non debere propter minimum vitium, aut minimum morbum, quem venditor palam non pronuntiavit, facile inemptam fieri: id est, ut ego interpretor, redhiberi ex Edicto Edicto nam de eo Edicto loqui Paulum, apparet ex Inscriptione: quae habet, Paulus lib. 1. Ad Edictum Aedilium Curulium: & cum venditor palam non pronuntiavit venditam*

venditæ rei vitium aut morbum, ex *Ædilitio Edicto* locus est redhibitoriæ actioni; qua agitur, ut res inempta fiat: id est, ut uterque, & emptor & venditor, resoluta emptione, nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset *l. 23 §. 1. & 7. D. de Ædilitio Edicto*. Habet porro illa actio locum, non utique ob quam minimam causam, ut Paulus ait *d. l. 54.* id est, ob quodlibet quam levissimum vitium aut morbum: sed ob id quod rei venditæ usum impediat: ut commodè disputat Ulpianus *lib. 1. Ad Edictum Ædilium, l. 1. §. 8. D. de Ædilitio Edicto*. Verba Ulpiani. *Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi,*

quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum: dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula, aut vetus quartana, qua tamen jam sperni potest, vel vulnuscum modicum, nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim hæc poterunt. Et in l. 4. §. ult. D. eod. tit. Idem ait, non omnem morbum dare locum redhibitioni: ut puta levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut mediocri ulceris: non denique febriculam quantulamlibet ad causam huius Edicti pertinere.

CAPUT XII.

Male habere Venulejum l. ult. D. de usu & usufructu legato; & remedium quo ad sanitatem reducendus sit, demonstratum.

Postquam placuit Senatui, omnium quæ in bonis sint, usumfructum legari; facile obtinuit, legato omnium bonorum usufructu, ut actiones quas defunctus adversus alios habebat, ad usumfructum pertinerent *l. 24. D. de usu & usufructu legato, & l. 1. C. de usufructu*: continebantur enim bonorum appellatione *l. 49. D. de verborum significatione*: simul habebant utilitatem qua usufructus æstimatur. cæterum, si quæ essent actiones quibus aliis tenebatur defunctus, eas ad usumfructum pertinere non placuit. quia enim erant magis in bonis creditoris, quam in bonis debitoris: quis videbatur harum a debitore legari usus aut fructus? plane nullus. postremo quid certius, quam quod heres de defuncti ære alieno tenetur; legata-rius non tenetur: ne quidem, si ei hereditas, aut bona, aut eorum pars legata sit? Sed hoc jam olim animadvertit V. Cl. Antonius Muretus, *Observ. jur. lib. sing. c. 13.* Quamquam, quia non dicuntur bona, nisi deducto ære alieno, (ut vere Paulus ait *l. 39. D. eod. tit.* & ante eum Quintilianus, *Declam. 275.* his verbis, *Bona sunt, ut opinor, quæ detractis alienis deprehensa sunt*) haud alienum a ratione videbatur, eum cui legatus esset omnium bonorum usufructus, non aliorum, quam quæ deducto ære alieno superessent, usumfructum habere *l. 69. D. Ad legem Falcidiam*. Ita, si testator legasset bonorum usumfructum.

Sed quid, si non dixerit, bonorum, sed rerum se usumfructum legare: ut in *l. unic. C. Si secundo nupsit mulier cui maritus usumfructum reliquit*. Eam quæstionem tractat Venulejus sequentibus verbis, quæ sunt in *l. ult. D. de usu & usufructu legato*.

Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertie partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur: & quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.

Sic Venulejus: sed vitiose procul dubio. caret enim sentu, quocumque eum veritas modo, quamquam, qua ratione emendandus sit, difficile dictu est. Esse scio, qui pro *nihil interest*, quomodo Florentiæ editur, scribendum putent, non *nihil interest*, vel *multum interest*. Sed neutra emendatio sufficit tollendo malo. sive enim legas, *multum interesse*, sive, non *nihil interesse*, sive, *nihil interesse*: adhuc ambigi possit, in quo videatur Venulejus inter legatum usufructus bonorum, & legatum usufructus rerum diffe-

rentiam facere, aut non facere: & tamen alterum est quod demonstrandum sibi proposuit. Accedit, quod in fine capitis, *At si*, inquit, *certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur*: nec apparet, cur ibi loquatur de usufructu certarum rerum: cum ante non usufructus certarum rerum meminerit; sed usufructus bonorum, & rerum. Idque Accursius sensit; cum ait, a Jureconsulto in fine variari casum quem initio posuerat. Postremo quæri video; cur in principio capitis magis fiat mentio usufructus tertie, quam dimidiæ, aut alterius partis rerum. Igitur, ut tollatur scrupulus, & simul finis principio respondeat, sunt qui sic scribant. *Multum interest, utrum bonorum quis, an rerum certarum usumfructum legaverit*. Quæ si placet lectio, non intercedo, nam & plana omnia facit: & nihil habeo quod in ea improbem quasi abhorrens a Civili Jure. Etsi, si quis retinere malit Florentinam lectionem, *Nihil interest, item sequentem, Utrum quis, an rerum tertie partis usumfructum legaverit*; nec ei repugnem: quia nec in illa quid absurdi reperio. imo habuit hæc species legati usufructus elegantem & frequentem usum Jure vetere, quo aliquando potuerunt vir & uxor inter se solidum capere, sed plerumque tantum decimam, & præter hanc usumfructum tertie partis bonorum: auctore Ulpiano *tit. 15. & 16.* & extat talis casus in his Scævola verbis *l. 48. D. de usuris*. *Maritus uxori suæ usumfructum tertie partis, & cum liberos habuisset, proprietatem legavit*. Etiam apud Javolenum *l. 10. D. de præscriptis verbis*. Verba Javoleni. *Partis tertie usumfructum legavit: heredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt: & pecuniam qua ex æstimatione partis tertie fiebat, mulier accepit fruendi causa* &c. Quid igitur est? etsi pro rerum tertie partis usumfructum, non male scribi possit, rerum certarum usumfructum, quod visum Doctis Viris: tamen nulla est necessitas mutandi scripturam, a qua neque ratio, neque Veterum usus abhorret, & quam constanter omnes servant manuscripti codices.

Probabilius conjecerim (præter conjecturam nim nihil polliceor) latere vitium in versu, & quod in actionibus erit: in illo enim deesse verba hæc, *si rerum*: quibus adjectis legendum.

Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertie partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum

num deducetur: & si rerum, quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.

Species talis est. Vir uxori legavit usumfructum tertiæ partis bonorum; aut usumfructum tertiæ partis rerum. Quæritur, num intersit, utrum dixerit, usumfructum tertiæ partis bonorum, an usumfructum tertiæ partis rerum; Quærendi causa est; quod, si bonorum usumfructum legavit, possit videri tam quod ipse debet, quam quod ei debetur, legato comprehendisse; quia bona in multis, ac præsertim cum universitate æstimantur, non tantum commoda, sed incommoda quoque significant: ut apparet ex l. 1. §. 1. 3. D. de bonorum possessionibus, item l. 2. §. 3. D. de sententiam passis & restitutis. At non ita fuerit; si legare se rerum usumfructum testator dixerit. primum, quia æris alieni personalis actio non rem, id est, fundum, verbi gratia, sed heredem sequitur l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. deinde vereri quis possit, ne actiones quoque quæ defuncti fuerint adversus alios, eo legato non contineantur; quia in rebus non computantur actiones l. 92. pr. §. 1. D. de legatis lib. 3. §. d. l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum; licet in bonis maxime numerentur l. 49. D. de verborum significatione. Habes quærendi causam. sequitur Venuleji definitio, in qua, ne quem turbet disputandi forma, observandus est mos Veterum: quibus frequens fuit ea attingere de quibus posset ambigi: cætera quæ non procul certo essent, relinquere tacito lectoris intellectui. Sed hoc in præsentiarum ostendet tenor loci. Ait Venulejus. Nihil interesse, utrum quis bonorum, an rerum, tertiæ partis usumfructum legaverit. Et addit rationem: Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æ alienum deducetur. Venulejus significat, si vir uxori, verbi gratia, legat usumfructum tertiæ partis bonorum, uxori quidem deberi actionum quæ defuncto adversus alios competierint, usumfructum: quia eæ actiones procul dubio in defuncti bonis fuerunt l. 49. D. de verborum significatione: sed quibus aliis tenebatur defunctus, eas negat Venulejus ad usumfructum pertinere: quippe cum verum sit, nil fuisse in defuncti bonis; nisi quod deducto ære alieno superest l. 39. §. 1. §. 1. 83. D. eod. tit. Quod si est; optima ratione huc decurrit Venulejus; ut in proposito demum ejus quod detracto alieno ære supererit, legatum esse usumfructum existimet. idque &

Pomponio placet l. 69. D. Ad legem Falcidiam. Sic, si bona dixerit testator. Sed quid, si non bona, sed res, dixerit? idem censet Venulejus verbis sequentibus. Et si rerum, quod in actionibus erit, computabitur. Sic lego; cum hæcenus desiderentur verba, si rerum. Sensus Venuleji est: Si res dixerit testator, etsi actiones quibus aliis tenebatur non spectent ad rerum usumfructum, quia non magis in ejus rebus, quam in ejus bonis fuere: tamen actionum quas adversus alios habuit, ususfructus debetur: quia, cum res suas legat testator, æque ac si bona sua dicat, universitatem indicat l. 14. §. 5. 6. 7. 8. §. l. 15. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. At enim, inquires, si legata bonorum aut rerum parte, legata videtur universitas; quid refert, utrum quid ab aliis fuerit defuncto debitum, an ipse aliis debuerit; cum utique universitas tam incommoda, quam commoda Civili Jure complectatur d. l. 1. §. d. l. 3. D. de bonorum possessionibus, §. d. l. 2. §. 3. D. de sententiam passis & restitutis. Sed jam in antecessum monui, ubi universitas legatur, legatarium numquam de defuncti ære alieno teneri. Ita si uxori legatus a viro sit ususfructus tertiæ partis vel bonorum vel rerum. At quid, si legatus ei sit ususfructus non tertiæ partis bonorum, neque tertiæ partis rerum, sed certarum rerum? quæ est postrema species d. l. ult. D. de usu & usufructu legato. Ait Venulejus, Non idem observabitur. Et recte: quia uxor jam non modo non tenetur de defuncti ære alieno; sed ne actionum quidem quæ defuncti adversus alios fuere, usumfructum habet: quia certarum rerum appellatione non continentur actiones; ut apparet ex specie & definitione l. 92. pr. §. 1. D. de legatis lib. 3. §. l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. Igitur verissimum est, quod Venulejus ait, Nihil interesse, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æ alienum deducetur: id est, si bonorum legabitur ususfructus; æque deducetur æ alienum, ac cum rerum legatur ususfructus; & si rerum, quod in actionibus erit, computabitur: id est, & si rerum legatus sit ususfructus; non minus quod in actionibus erit computabitur; quam cum legatus est bonorum ususfructus. at si certarum rerum ususfructus legatus erit; non idem observabitur: id est, quod in actionibus erit, non computabitur.

CAPUT XIII.

Verba, seu segnitia, in l. 8. C. de pigneratitia actione non esse Impp. Philippi A. & Philippi C. sed indocti Interpretis.

Impp. Philippus A. & Philippus C. Saturnino l. 8. C. de pigneratitia actione

Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest: pignorum amissionum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora, ut ad severas, a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes.

Miror, neminem, ac ne me quidem, qui Probabilium lib. 4. c. 3. hunc exposui locum, animadvertisse, eum vexari adjectione verborum, seu segnitia, plane importuna. Segnitia enim apud Latinos non est omissio diligentiae quam in rebus suis adhibet

diligens paterfamilias, quam Jurisconsulti culpam levem vocant, & a creditore in pignore præstari, volunt Imperatores d. l. sed est culpa lata, magna, & nimia: quæ culpa Ulpiano est, non intelligere quod omnes intelligunt l. 213. §. ult. D. de verborum significatione, & cujus præstatione creditor in pignore non liberatur directa pigneratitia actione. Id Isidorus indicat lib. 10. pag. 1086. Segnis, inquiens, id est, sine igne, ingenio carens. Se autem sine significat. Festus quoque Segnitiam ait dici; quod sine nitendo quid utile aut honestum. Et allegat hoc Terentii, Enimvero Dave nihil loci est segnitia, neque

neque socordia. Eodem sensu Ulpianus l. 3. §. ult. D. de suspectis tutoribus, Qui, inquit, ob segnitiam, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat. Ulpianus significat, eum qui ob culpam latam, sive ob nimiam negligentiam, socordiamque, denique quia non intelligit quod omnes sciunt, a tutela vel cura remouetur, integra existimatione tutela vel cura abire. quod verum est, & jam ostendi lib. 1. Probabilium c. ult. Nec aliter segnitiam accipit Justinus lib. xi. sic scribens, Reges stipendiarios conspectioris ingenii ad commilitium secum trahit: segniores ad tutelam regni reliquit. Segniores opponit iis qui sunt conspectioris ingenii; & segniores vocat, ineptos, hebetes, socordes, qui communi hominis sensu carent, & prope stulti sunt. Ipsum audi lib. 34. verbis sequentibus, Rex Syria Antiochus Ptolomeo, majoris sororis sua filio, Regi Aegypti, bellum infert, segni admodum & quotidiana luxuria ita marcenti, ut non solum regia majestatis officia intermitteret, verum etiam sensu hominis nimia sagina careret. Sic Justinus. Suetonius quoque, Claudio c. 5. verba ejus. Atque ex contubernio sordidissimorum hominum super veterem segnitia notam ebrie-

tatis quoque & alea infamiam subiit. Quam Suetonius segnitiam vocat, apparet ex c. 2. fuisse animi & corporis hebetationem, ob quam Claudius, ne progressa quidem aetate, ulli publico privatoque muneri habilis existimabatur; & ob quam c. 3. mater Antonia portentum eum hominis dictitabat, nec absolutum a natura, sed tantum inchoatum: ac si quem socordia argueret, stultiores aiebat filio Claudio. Eam segnitiam licet definiamus stupiditatem & animi tarditatem, seu dicendum, seu faciendum sit aliquid: quam stupiditatem etiam in Claudio notat Suetonius, ejus vita c. 40. his verbis, Sermonis vero rerumque tantam saepe negligentiam ostendit, ut nec quis nec inter quos, quoque tempore ac loco verba faceret, scire ac cogitare existimaretur. Igitur segnitia non est levis culpa, seu levis negligentia, ad quam actio pigneratitia consistit; sed est culpa lata & nimia cujus praestatione creditor in ea actione defungi nequit. Atque hoc si est: apparet, Imperatores d. l. 8. expunctis verbis, seu segnitia, quae sunt Interpretis, ita restituendos esse. Si nulla culpa creditori imputari potest: pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Sensus autem is est quem dedi lib. 4. Probabilium c. 3.

CAPUT XIV.

Ulpianus expositus l. 17. §. 7. D. de injuriis, & Proculus l. 15. D. de tritico, vino, vel oleo legato emendatus.

Ulpianus l. 17. §. 7. D. de injuriis.

Si jussu domini servus injuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem: quia & noxa caput sequitur, nec in omnia servus domino parere debet. ceterum & si occiderit jussu domini, Cornelia eum eximemus.

Quid audio? servum, si hominem occiderit domini jussu, eximi lege Cornelia? Non hoc ratio patitur; & clare Alfenus l. 20. D. de obligationibus & actionibus, Servus, inquit, non in omnibus rebus sine poena domino audiens esse solet: sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere jussisset. Quare quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi fecisset, quae vis a maleficio non abesset: ita oportet poenas eum pendere. Sed si aliqua rixa ex libris & contentione nata esset, aut aliqua vis juris resistendi causa facta esset, & ab his rebus facinus abesset: tum non convenit Praetorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare. Quid ergo significat hoc Ulpiani d. l. 17. §. 7.

Ceterum & si occiderit jussu domini, Cornelia eum eximemus.

Franciscus Accursius, ut remedium huic adferat difficultati, vult Ulpiani verba legi ad modum interrogationis; atque ei inesse vim negandi, eamque loquendi figuram saepe usitatam cum nostris, tum aliis auctoribus fuisse, ipse alibi observavi. sed metuo, ne hoc loco fuerit aliquanto durior. Igitur age, experiamur, an succurri Ulpiano aliter & possit & debeat. Quid enim, si putemus, eum ceterum dicere pro alioquin; & contrariam sententiam ab absurdo refellere? Sic se res habet. primum ait Ulpianus, Si servus injuriam fecerit domini jussu, rationis esse, ut dominus qui eum in potestate

habet, conveniri possit & suo nomine actione directa, & servi nomine actione noxali: Hoc, cum servum habet in potestate. Sed finge, manumissum esse? ait Ulpianus, in eum dandam actionem; idque Labeonem censere. Quam ob causam? duplicem: nam & noxa, inquit, caput sequitur; nec in omnia servus domino parere debet. ceterum, & si occiderit jussu domini, Cornelia eum eximemus. Sensus est: Alioquin, si excutiamus servum in omnia parentem domino, & si hominem occiderit jussu domini, a lege Cornelia eum excusabimus: quod est absurdum. Sic sentio; atque eo verius: quia ad eandem formam idem disputat Ulpianus l. 4. §. 3. D. de alienatione judicii mutandi causa facta verbis sequentibus. Si quis autem ob valetudinem, aut aetatem, aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc Edicto teneatur: cum in hoc Edicto doli mali fiat mentio, ceterum erit interdictum & per procuratorem litigare, dominio in eos plerumque ex justa causa translato. Similiter in l. 5. §. 4. D. de Carboniano Edicto, Si, inquit, missus fueris in possessionem adversarius, desiderandum a Praetore, ne instrumenta in possessionem suam redigat: ceterum decipietur pupillus, dum vel instruitur adversarius ejus, vel etiam interciperi ea potest. Et in l. 15. §. 7. D. de re judicata. Verba sunt. Sed si emptor, cui pignora sunt addicta, exsequente iudice, pretium non solvet: utrum adversus emptorem porrigere manus debeant iidem iudices, qui sententiam exsequuntur, videndum est? Et non puto eos ultra procedere. Ceterum longe res abibit: quid enim dicemus? condemnabunt emptorem, & sic exsequuntur adversus eum sententiam? an statim pro judicato habebunt? & quid, si neget se emisit, aut exsolvisse contendat? Melius igitur erit, si non se interponant.

Ulpiano jungam Proculum l. 15. D. de tritico, vino, vel oleo legato. nam & is vocula, ceterum, utitur sensu plane simili: quod verissime observavit Jacobus Cujacius lib. 2. Observat. c. 36. sed, quod miror, fugisse Virum illum non minus perspicacem, quam doctissimum, aliqua eget emendatione. Verba Proculi si quis considerare volet, hæc sunt.

Vinum cum vasis legavit. Negat Trebatius, quod in doliis sit, deberi: & sensum testatoris alium putat esse; verborum alium. ceterum dolia in vasis vinariis non essent. Ego, etsi dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem Trebatio, vinum, quod in doliis esset, id est, quod in vasis non esse legatum. Illud verum esse puto, cui vinum cum vasis legatum erit, ei amphoras, cados, in quibus vina diffusa servamus, legatos esse. vinum enim in amphoras & cados hac mente diffundimus, ut in his sit, donec usus causa probetur; & scilicet id vendimus cum his amphoris & cadis: in dolia

autem alia mente conjicimus, scilicet, ut ex his postea vel in amphoras & cados diffundamus, vel sine ipsis doliis veneat.

Sic Florentiæ legitur, nec resistunt cæteri codices. scribe tamen meo periculo.

Vinum cum vasis legavit. Negat Trebatius, quod in doliis sit deberi: & sensum testatoris alium putat esse; verborum alium. ceterum dolia in vasis vinariis esse. Ego etsi dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem. & reliqua.

Sensus planus. Vino cum vasis legato, negat Trebatius, vinum quod in doliis sit, deberi. Atqui, inquires, vinum quod in vasis sit, legatum est. Sed Trebatius hoc concedit, si quidem ad verba spectemus: verum putat, alium esse testatoris sensum, ceterum, id est, alioquin, dolia fore in vasis vinariis, quod ipse falsum esse existimat. Sed de his paulo plenius V. CL. Jacobus Cujacius d. loc. quem, si lubet, vide.

C A P U T XV.

Notabilis loquendi forma apud Ulpianum l. 4. D. de curatoribus furioso & aliis extra ordinem dandis.

I Tane? Ulpianus l. 4. D. de curatoribus furioso & aliis extra ordinem dandis ait?

Furiose & matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debetur.

Quid ergo vult? aliquam Civili Jure esse matris in liberos potestatem; etsi non tantam, quanta est patris: possint quem movere Ulpiani verba, *Pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debetur.* At hoc nemo Veterum cogitavit: ne Ulpianus quidem. imo is l. 4. D. de his qui sui vel alieni juris sunt sic scribit, *Qui ex me & uxore mea nascitur, in mea potestate est.* Et Justinianus § 10. Inst. de adoptionibus negat, Fœminas adoptare posse: & addit rationem; quæ ratio est, *Quia nec naturales liberos in sua potestate habent.* Sed rem dicamus: non sunt captanda Ulpiani verba, *Etsi inæqualis est eorum potestas.* est enim in his Figura non dissimilis ei qua Juturnam Juno affatur, apud Virgilium lib. XII. *Æneid.* vers. 142. verbis sequentibus.

*Nympha decus fluviorum animo gratissima nostro.
Scis, ut te cunctis unam, quacumque Latina.
Magnanimi Jovis ingratum adscendere cubile,
Prætulerim. - - -*

Ait Juno, se Juturnam prætulisse Nymphis cunctis quas amaverit Jupiter; perinde quasi omnes in honore habuerit amores Jovis. id vero non ita esse constat, & in Notis observat Servius. verba Servii adscripsi; atque eo lubentius, quia præterea attulit locum ex Sallustio æque pulchrum atque ad rem accommodatum. Verba Servii. *Liptotes figuraper contrarium. plus enim dicit, & minus significat. namque alias omnes persecuta: huic vero libenter indulgit. Et dicit, se hanc omnibus prætulisse, quasi etiam alias in honore habuerit. ergo ideo hoc dicit, ut tollat causam, quam potuit Juturna habere suspectam. Sane talis hæc figura est, ut illud Sallustianum, Mare Ponticum dulcius, quam cætera: cum nullum dulce sit.*

C A P U T XVI.

In editis scriptisque exemplaribus variare lectionem Marcelli l. II. D. Quemadmodum servitutes amittuntur; Ulpiani l. 15. §. 4. D. de usufructu, Pauli l. 65. §. 1. D. de conditione indebiti; Juliani l. 23. D. de act. empt. Ulpiani l. 4. de custodia reorum; Pauli l. 14. D. de usufructu; ac Justiniani pr. Inst. de militari testamento, & l. ult. C. de restitutione militum; eamque varietatem a neglecta observataque Siglorum potestate proficisci. Simile quid tentatum circa Ulpianum l. 35. D. de procuratoribus.

M Arcelli hæc verba sunt l. 11. D. Quemadmodum servitutes amittuntur.

Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; & alia sit ejus conditio qui amplius oneris, quam licuit, vexerit,

magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit: aut aqua admiscuerit aliam. Sic Florentiæ editur: sed alii libri habent: *Sicuti si latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit. & reliqua.*

Unde

Unde tam varie? nempe a Siglis; quibus scriptum erat, *Sicut latiore itinere usus esset*. Hæc Sigla valebant, *sicut si latiore itinere usus esset*: sed Librarius is, qui Florentinum descripsit exemplar, neglecta Siglorum potestate, reddidit, *sicut latiore itinere usus esset*: plane incaute. Id vero mendum, quamquam levius, tamen cum manifestum sit, hic annotandum credidi; quo certior fieret emendatio similis erroris quem in l. 15. §. 4. D. de usufructu ex eodem verbo olim sustuli lib. 2 Probabilium juris Civilis c. 4. Scriptum enim ibi est. *Et si vestimento- rum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est; ita uti cum debere, ne abutatur*. Sed restitui, non *Sicut quantitatis*: id vero explicui, non *sicut si quantitatis*: sensu verissimo & optimo. quæ repræsentat quoque altera mea emendatio, non *sicut quantitatis* us. lg. quæ valet, non *sicut quantitatis usufructus legato*.

Eodem vitio laborat Paulus l. 65. §. 1. D. de conditione indebiti, Verba Pauli.

Et quidem quod transactionis nomine datur licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. sin autem evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

Sic Florentiæ editur. in aliis libris est.

& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur.

Multo rectius: debetur autem ea varietas Siglis: quibus scriptum erat.

& transactio imperfecta Est repetitio dabitur.

His Siglis significabatur, *& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur*. Sed Librarius, cum non animadverteret ad majusculas literas, & rationem geminationis, voculam, &, posteriore omisit loco; cum utroque scribere deberet.

Hæc ego sic securius emendavi: quia in talibus sæpe erratum: & est admodum notabile in hac re, quod in l. 23. D. de act. empti in Accursii, & Haloandri, editione sic scribitur, *Et præterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitutum iri. Marcellus notat, &c.* Pro eo vero ita edit Vintimillius: *Et præterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitui. Marcellus notat.* Unde ea varietas? nimirum, quia in exemplari Florentino fide Francisci Taurellii sic reperitur: *& præterea cavere debet, quidquid ex*

hereditate liberti ad eum pervenerit, restitui. Marcellus notat. Causa variationis, mea opinione; quod quidam animadverterunt majuscularum literarum geminationem: alii non.

Alia apud Ulpianum varietas l. 4. D. de custodia reorum: puto, quia sic scriptum fuit.

Sed si neque in cautione, neque in decreto Praesidis certa quantitas comprehensa est: ac ne Consuetudo ostenditur, quæ certam formam habet: Praeses de modo pecunie quæ &c.

Unde effecit ille qui Florentinum descripsit exemplar, *ac ne consuetudo ostenditur*. Vulgata Accursii editio habet, *ac nec consuetudo ostenditur*. Optime: etsi nec inepte Ruffardi & Charondæ codex manu scriptus, *ac ne consuetudo quidem ostenditur*.

Ab eadem ratione variat lectio pr. Inst. de militari testamento: in quo vulgo editur.

Illis autem temporibus per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis adibus degunt, minime ad vindicandum. &c.

Sed in plerisque exemplaribus, ut testis est Ruffardus, *Marginalibus Notis*, extat, vel *suis sedibus*: opinor, quia sic scriptum fuit, vel *sui Sedibus*, quidam legerunt, *suis edibus*, quo modo habet liber meus manu scriptus; alii, *suis sedibus*. Idemque observandum in l. ult. C. de restitutione militum: in qua similis circa idem verbum variatio est.

Simile quid tentabo apud Ulpianum l. 35. D. de procuratoribus. Verba Ulpiani.

Sed & hæc personæ procuratorum debebunt defendere quibus sine mandato agere licet: ut puta libri, licet sint in potestate. item parentes & fratres & adfines & liberti. §. 1. Patronus libertum (&) per procuratorem ut ingratum accusare potest: & libertus per procuratorem respondere.

Ita passim editur: etsi quidam libri habeant,

Item parentes & fratres & adfines & liberti.

Et patronus libertum: & reliqua.

Sed quid, si sic scribam?

Idem parentes, & fratres & adfines & liberti & PATRONUS libertum, & reliqua.

Ut sit.

Item parentes, & fratres & adfines & liberti & patronus. Patronus libertum &c.

Hoc res postulat.

* * * * *

CAPUT XVII.

Probata ex Siglis Cujacii conjectura in l. 60. D. Pro socio, & nova addita.

Pomponius l. 60. D. Pro socio sic scribit. *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque (eum) prestare debere, Labeo ait: sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. item post mortem socii nullam talem estimationem ex facto heredis faciendam: quia morte socii dirimatur societas.*

Egregie animadvertit V. CL. Jacobus Cujacius lib. 13. Observ. c. 15. exiguam in his verbis lacunam; quam ita verissime supplevit, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea pecunia ipse usus sit*. Juvant enim hanc emendationem sequentia Pomponii verba, *Sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit*. Noodt Operum Tomus I.

rit: quibus utraque significatur moræ species, cum ex persona quæ vera mora est, tum ex re quæ quasi mora est, & cum priore comparata, vix habetur mora: ut late ostendi lib. 3. De fœnore & usuris c. 10. Sed hanc Cujacii observationem, ut par est, eodem laudavi Opere, lib. 1. cap. 5. nec me ejus pœnitet sententiæ. potius eam nova confirmabo conjectura; quo magis succurram infirmitati eorum quibus difficillime persuaderi potest emendatio, quantumvis necessaria. Puto, nata ex Siglis est, quam dixi, lacuna: & cum in manu scriptis codicibus ad hanc extaret formam, *reddendo moram Adhibuit cum ea*; debuit Librarius repræsentare, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea*. nam hanc geminationem majusculæ indigitabant literæ: sed Librarius, non attendens ad Si-

glā, omīssa geminatione, simpliciter scripsit, reddendo moram adhibuit, cum ea : sensu nullo, qui admīssa vocula, aut, & optimus sit & verissimus. Æque probabiliter possit Pomponius hoc restitui modo,

reddendo moram adhibuit, cV m Ea pecunia ipse usus sit : ut sit, reddendo moram adhibuit, cumve ea pecunia ipse usus sit : sensu plane simili.

C A P U T XVIII.

Emendatus Ulpiani locus corruptissimus qui est in l. 23. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio.

Verissimum esse existimo, quod V. CL. Jacobus Cujacius lib. 4. *Observ. c. 1.* suspicatur, Scævola variasse apud Ulpianum l. 23. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, ipsumque Ulpiani locum esse depravatissimum : sed eum a Cujacio recte restitutum esse, non existimo : etsi Cujacii conjecturam usque adeo laudet Antonius Faber lib. 4. *Conjectur. c. 16.* ut a doctissimo illo viro nihil umquam verius aut elegantius observatum fuisse opinetur. Nec tamen inficior egregie vidisse Cujacium, circa initium d. §. 3. pro, aut si liber sit ei (cui bona fide servit) : an vero, esse scribendum, aut si liber sit, sibi : an vero. Unum saltem dico, quod ubi pro his verbis, rationem facere, ut ei dumtaxat in solidum acquirat, substituit, rationem facere, ut ei dumtaxat partem acquirat, prope est, ut procul vero sit, longeque aliam & Ulpiano & Scævola fieri medicinam oporteat. Id apparebit, si primum exposuero Ulpianum l. 25. §. 6. D. de usufructu : quocum comparandum esse §. 3. d. l. 23. etiam Cujacius & Faber consentiunt. Verba Ulpiani ex d. l. 25. §. 6. hæc sunt. Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re servus sit stipulatus, queritur, utrum, an pro parte qua habet usumfructum, ei queratur : nam & in duobus bona fidei possessoribus hoc est apud Scævola agitatum libro secundo *Questionum* ? Et ait, vulgo creditum, rationemque hoc facere, (ut) si ex re alterius stipuletur, partem ei dumtaxat queri, partem domino : quod si nominatim sit stipulatus, nec dubitari debere, quin adjecto nomine, solidum ei queratur. idemque ait, & si jussu ejus stipuletur : quoniam jussu pro nomine accipimus. Idem & in fructuariis erit ducendum : ut quo casu non totum acquiratur fructuario, proprietatis domino erit quaesitum ; quoniam ex re fructuarii queri ei posse ostendimus. Ulpianus querit, si duo sint fructuarii, & servus sit ex re alterius stipulatus, utrum ei queratur totum, an pro parte qua habet usumfructum. Addit Ulpianus, idem hoc apud Scævola esse lib. 2. *Questionum* agitatum in duobus bonæ fidei possessoribus : quorum simile jus esse ei quod duorum fructuarius sit, certi res juris est l. 10. §. 4. D. de acquirendo rerum dominio. Ait autem Ulpianus, Scævola dicere, vulgo creditum esse, & rationem efficere ; ut servus, si ex re alterius bonæ fidei possessoris stipuletur, non solidum ei querat ; sed partem ei, partem domino : opinor, quia bonæ fidei possessor, ex cujus re stipulatus est servus, ejus non in solidum est possessor, sed ex parte : neque igitur potest ei servus in solidum acquirere, sed pro parte qua est possessor ; alteram autem partem non potest alteri bonæ fidei possessori acquirere : quia non ex re ejus, neque ex suis operis adquisivit servus ; ex quibus tantum potest ei acquirere : superest igitur, ut eam partem vero acquirat domino : cui ex omnibus causis acquirere potest. Sic Scævola in servo qui a duobus bona fide possideretur, idemque esse Ulpianus ait ; si duos proponas fructuarios, & ex alterius

re servus sit stipulatus : quia is fructuarius ex cujus re stipulatus est servus, non in solidum fructuarius est, sed pro parte. non igitur potest ei a servo acquiri in solidum, sed pro parte qua fructuarius est : altera autem pars non acquiratur alteri fructuario ; (quia neque ex re ejus, neque ex servi operis acquiratur) sed domino proprietatis : cui acquiratur etiam quod fructuario acquiri nequit d. l. 25. §. 6. D. de usufructu. Hoc, si servus ex alterius vel fructuarii, vel bonæ fidei possessoris, re vel simpliciter, vel utrique stipuletur. At si nominatim stipuletur ei cujus res est : ait Ulpianus d. loc. dubitari non debere, quin adjecto nomine ei solidum querat : nempe, quia ei nominatim stipulatus est, & ex re ejus, ex qua potuit ei acquirere : idemque esse, & si ejus jussu stipuletur : quia jussu pro nomine accipimus. Ita Scævola, si Ulpiano credimus, libro secundo *Questionum*.

At eam sententiam mutasse Scævola libro XIII. *Questionum*, apparet ex l. 19. D. de stipulatione servorum : quam descriptam esse ex eo libro, ejus Inscriptio indicat. Verba hæc sunt. Si alienus servus duobus bonæ fidei serviens, ex unius eorum re acquirat, ratio facit, ut ei, ex cujus re adquisivit, id totum (ei) acquirat : sive ei soli, sive quasi duobus serviat. nam & in veris dominis, quotiens utrique acquiratur, totiens partes acquiri. ceterum si alii non acquiratur, alium solidum habiturum. Igitur eadem ratio erit & in proposito, ut hic servus alienus qui mihi & tibi bona fide servit, mihi solidum ex re mea acquirat : quia tibi non potest acquiri, quia non sit ex re tua. In his verbis proponitur servus servire duobus bonæ fidei possessoribus, & ex unius eorum re acquirere. queritur, utrum utrique, an uni acquirat : ait Scævola, rationem facere : ut ei ex cujus re adquisivit, totum acquirat ; neque referre, sive ei soli, sive quasi duobus, serviat : hoc est, utrum ei soli, vel nominatim, vel ejus jussu ; an quasi duobus, hoc est, simpliciter acquirat : idque firmat argumento desumpto a veris dominis, quorum imaginem ferunt bonæ fidei possessoribus : id argumentum tale est. si servus duorum communis, hoc agit, ut utrique acquirat quod utrique acquiri potest ; utrique partes acquiruntur : si vero sit quod alteri nequit acquiri ; hoc alter in solidum habet. etsi id agat servus, ut utrique acquirat. Ita in veris dominis, ipsumque etiam traditum l. 7. §. 1. l. 9. D. de stipulatione servorum. l. 12. D. de auctoritate tutorum. Idem in proposito erit in duobus bonæ fidei possessoribus : prorsus ut servus qui mihi & tibi servit bona fide, mihi solidum ex re mea acquirat : quia non potest tibi acquirere quod ex re tua non sit. Unde apparet, aliam fuisse Scævola sententiam libro XII. *Questionum* : quam Ulpianus ei libro 11. fuisse scripsit.

Eamque variationem ipse indigitat Ulpianus l. 23. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, sequenti-

quentibus verbis. *Si quis duobus bona fide serviat : utrique adquirit, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit; aut si liber sit, ei (cui bona fide servit) : an vero ei debeat adquirere totum ex cuius re est, videamus? quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Questionum. ait enim : si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat : sed si adjiciat ejus nomen, ex cuius re stipulatur : nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur, alteri ex dominis nominatim stipulando, (solidum) ei adquirit. Et in inferioribus (probat) : ut, quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret : mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest; ei soli eum adquirere, cui potest. Et hoc Julianum quoque scribere, saepe retuli : eoque jure utimur. Ita habent plerique codices, in quibus & Florentinus. sed sensu nullo. Nam primum pro, aut si liber sit, ei (cui bona fide servit) : an vero, scribendum, aut si liber sit, sibi : an vero, quod ut supra dixi, pulchre observavit V. Cl. Jacobus Cujacius lib. 4. Obs. c. 1. Deinde, quod neque Cujacius animadvertit, neque alius, defunt verba, Si jussu ejus stipuletur. Inere, & lege. Quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Questionum. ait enim, si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat, rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat, si jussu ejus stipuletur : sed si adjiciat ejus nomen, ex cuius re stipulatur, nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. Sic ex conjectura supplevi locum : si conjectura dicenda est ad quam ducit sensus clarus & certus. is sensus est, Scævola velle, libro secundo Questionum, Servum qui a duobus bona fide possidetur, ei ex cuius re stipulatur, solidum quærere : sed tum duntaxat, si aut jussu ejus, aut ei nominatim stipuletur : non etiam, si simpliciter stipuletur ex re alterius. quod est consentaneum illis quæ ex eodem libro secundo Scævola supra attulit Ulpianus d. l. 25. §. 6. D. de usufructu : convenit quoque Ulpiani verbis quibus paulo post in d. §. 3. l. 23. novam & superiori contrariam Scævola sententiam ex ejus libro XIII. tradit : quæ verba sunt. Et in inferioribus probat, ut quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, &c. Sed de his verbis paulo post. interim examinanda ratio est qua definitionem quæ libri secundi est, Scævola ; & ex eo Ulpianus firmat d. §. 3. ea ratio his ejus verbis continetur. Quia & si ex re ipsius stipularetur, alteri ex dominis nominatim stipulando, (solidum) ei adquirit. Ita interpunguntur hæc verba. Sed malim, Quia & si ex re ipsius stipularerur alteri ex dominis, nominatim stipulando (solidum) ei adquirit. Sensus, nihil mirum esse, hæc in bonæ fidei possessoribus a Scævola recipi libro secundo Questionum ; cum eadem placeant in veris dominis. nam si servus duorum communis, nominatim uni ex re ipsius stipuletur, ei solidum adquirit, quamquam si sim-*

pliciter stipuletur ex re alterius dominorum, nihilominus commune id erit : ut Gajus refert l. 45. D. de acquirendo rerum dominio, §. l. 21. §. 1. D. de stipulatione servorum. Scævola libro secundo Questionum, Ulpianus ait d. §. 3. l. 23. sed addit, eum hanc sententiam mutasse in inferioribus, puta, libris : id est, libro XIII. Questionum. Verba hæc sunt, Et in inferioribus (probat) : ut quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret : mihi soli adquirat. Significat Ulpianus, Scævola libro XIII. mutare sententiam quam tenuit libro II. malle enim libro XIII. (quod & ante ostendi ex d. l. 19. D. de stipulatione servorum, quæ ex eo libro est) servum qui a duobus bona fide possidetur, cum ex re alterius possessoris stipulatur, sive simpliciter, sive ex jussu ejus cuius res est, sive ei nominatim stipuletur, ei omnibus illis casibus indistincte solidum adquirere. Et addit rationem Ulpianus : ea ratio est. Nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest, ei soli adquirat cui potest. Ulpianus petit argumentum a servo duorum communi : qui si stipuletur rem quæ utrique adquiri potest, eam utrique acquirit : sin minus, soli acquirit ei cui potest : etsi neque ejus jussu, neque ei nominatim stipulatus sit. atque ita Julianum existimasse, ex eoque saepe retulisse se, Ulpianus ait, quod verum est, & apparet ex l. 7. §. 1. D. de stipulatione servorum, §. l. 12. D. de auctoritate tutorum. Hoc igitur cum in communi obtineat servo ; idem vult Scævola d. libro XIII, ex eoque Ulpianus h. §. obtinere etiam in servo a duobus bona fide possessore : nempe, ut, si ex re unius stipuletur, sive simpliciter, sive ejus jussu ; sive ei nominatim, ei indistincte solidum adquirat : tantum quia non potest alteri ex re alterius adquirere. Sed finiamus : satis enim quod demonstrandum fuit, demonstravimus ; totum Ulpiani locum qui est in d. l. 23. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, esse hoc restituendum modo. Si quis duobus bona fide serviat : utrique adquirit, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit ; aut si liber sit, tibi : an vero ei debeat adquirere totum ex cuius re est, videamus ? quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Questionum. ait enim : si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat ; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat, si jussu ejus stipuletur : sed si adjiciat ejus nomen, ex cuius re stipulatur : nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando (solidum) ei adquirit. Et in inferioribus (probat) : ut, quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret : mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest ; ei soli eum adquirere, cui potest. Et hoc Julianum quoque scribere, saepe retuli : eoque jure

utimur.

* *

CAPUT XIX.

Ulpianus emendatus in Fragmentis tit. XI. & Lex Duodecim Tabularum de testamentaria tutela exposita.

Nemo est qui nesciat, Lege Duodecim Tabularum permitti patrifamilias, liberis suis impuberibus, sive feminini, sive masculini sexus sint, si modo in potestate & proximi gradu sint, in testamento tutores dare; atque ita a Gajo definiri l. 1. pr. §. 1. & 2. D. de testamentaria tutela: sed qua ratione definiatur, nemo, quantum scio, demonstravit: etsi id complures serio tentarint. erit igitur ea res pulchri atque elegantis examinis: in primis quia Lex Duodecim Tabularum ex qua profecta ea definitio est, simpliciter loquuta videtur, *Uti legasset super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Plerique aliter Legem confingunt. Sed est mihi idoneus testis Julius Paulus l. 53. D. de verborum significatione, Legem dixisse, *super pecunia tutelave sua*; vel, ut Florentiæ legitur, *super pecunia tutelave sua.* Et Paulo suffragatur Ulpianus in *Fragm. tit. XI.* modo, ut decet, scribatur, *Uti legasset super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Haftenus quidem editur, *super pecunia tutelave rei sue*: sed est, quod verear: ne verba, *rei sue*, neque Legis, neque Ulpiani sint: verum alicui debeantur Juris Studioso: qui ad oram libri sui in quo vera erat Ulpiani lectio, *super pecunia tutelave sua*, annotaverat, alibi exstare, *suæ rei*. Atque hac forma repræsentatur pars Legis (ut sæpe non integræ, nec suis verbis, recitantur leges, cum nec integris opus verbis, nec veris) apud Pomponium l. 120. D. de verborum significatione, & Justinianum pr. Inst. de lege Falcidia. Sed hoc cum non observasset per incogitantiam aut imperitiam Librarius; facile factum fuit, ut apud Ulpianum pro, *super pecunia tutelave sua*, quomodo scribendum erat, admixtis quæ in ora reperiebat verbis, efficeret, *super pecunia tutelave rei sue*: longe absurdissime. Non enim dixisse Legem, *super pecunia tutelave rei sue*; sed, *super pecunia tutelave sua*, vel, *super pecunia tute-*

lave sua, ut dixi, auctor est Julius Paulus. Idemque Juris regula ostendit, ipsa desumpta ex hac lege: quæ regula est, (prout ex Ulpiano, Pomponio, & Marciano, discimus) Tutorem personæ testamenti dari posse; rei vel causæ non posse l. 12. & seqq. D. de testamentaria tutela. Ea vero regula verbis, *super pecunia tutelave rei sue*, non convenit; sed ab hisce, *super pecunia tutelave sua*, non abhorret. Nempe, pater & filius qui in ejus domo & potestate est, Jure Civili pro eadem persona habentur: usque adeo, ut filius vivo patre cum eo quodammodo dominus intelligatur; & post patris mortem non hereditatem percipere videatur, sed magis liberam bonorum administrationem consequatur. Id Pomponius docet l. 11. D. de libris & posthumis: nec minus Lactantius lib. 4. Divin. Inst. c. 29. Cum quis, inquit, *habet filium, quem unice diligit, qui tamen sit in domo & manu patris, licet ei nomen domini potestatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur.* Hanc patris & filii qui in ejus familia & potestate sit, sive conjunctionem, sive unitatem, Lex indigitat: cum ait, *Paterfamilias, uti legasset super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Nec aliud vult, quam quod paterfamilias legarit super hereditate sua tutelave ejus qui idem ipsi sit, hoc pro jure observari. Atque inde confecta a Sapientibus est quam dixi, regula, Tutorem personæ dari: certæ rei vel causæ non dari. Nec illa tantum; sed hæc quoque quæ ex Q. Mucii Scævola lib. singulari *δρῶν*, id est, Definitionum quæ desumptæ in primis sunt ex Legibus Duodecim Tabularum, in hæc extat verba l. 73. §. 1. D. de regulis juris, *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si*

vixisset.

* *

CAPUT XX.

Reum in jus vocatum, si non habeat fidejussores quibus caveat iudicio sisti, includi carceri: et si paratus sit, juratoriam cautionem præstare.

Satis constat, ex Titulo VIII libri secundi Digestorum, qui est, *Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel sua promissioni committantur*, oportere reum in jus vocatum ab actore, si velit evitare necessitatem in jus sequendi actorem, ei cavere iudicio sisti, datis fidejussoribus locupletibus: tantumque excipi personas necessarias, a quibus qualemcumque dari fidejussorem, id est, etiam non locupletem sufficit l. 1. 2. & 3. D. in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent. Æque constat esse, qui in jus vocati, non cogantur satisdare; sed possint juratoria cautione defungi, estque pervulgata sententia, in his esse qui fidejussorem invenire nequeant: modo hoc primum sacramento affirment, & deinde juratoriam cautionem præstent.

Id vero a Jure nostro esse alienum, mihi persuadeo. Nam quod attinet ad secundum caput Novellæ 112. in quo capite hoc tradi creditur: in eo

nihil tale. tantum agitur ibi de actore a quo præstanda sit satisfactio pro litium expensis: cæterum de cautione iudicio sisti a reo præstanda, ne ei necesse sit in jus venire, qua de cautione hæc nostra est disputatio, ne minimum quidem exstat vestigium. ut hoc intelligatur: sufficit inspectio dicti Capituli secundi, cujus Inscriptio est in hæc verba. *De cautione qua ante reorum citationem præstari debet ab actore.* Ipsius autem Capituli verba talia sunt. *Ad excludendas autem calumniose moventium intentiones & executorum fraudes aliud invenit providentia nostra remedium. Sancimus enim omnes iudices, si quando aliquos teneri vel amoveri voluerint, hanc conditionem in suis interlocutionibus adjicere, ut non aliter conventionales libelli pulsatis porrigantur, aut sportula executoribus dentur, nisi prius & in libellis actor per se aut per tabularios subscripserit: &*

actis

actis intervenientibus fidejussorem idoneum periculo competentis officii præsiterit, consentientem, quod usque ad finem litis permaneat, & suas intentiones aut per se aut per legitimum procuratorem exerceat: & si postea fuerit approbatus injuste litem movisse, sumptum & expensarum nomine decimam partem ejus quantitatis, quæ in libello continetur, pulsato restituat. Si autem dixerit, non valere fidejussorem dare: tunc apud Judicem a quo causa examinanda est, sanctis propositis Evangelii per sacramentum hoc ipsum affirmet, & sic juratoriam cautionem exponat, & per eam hæc quæ superius dicta sunt, profiteatur. In his verbis quæ rei cautio in judicio sisti? nulla. igitur frustra inde petitur, ubi inducta non est. quid, si nec ante hanc Novellam obtinuit? solito Prætor, concedere actori, volenti judicio experiri, adversarium suum in jus vocare; ac nisi satis vel cautum det, post antestationem, in jus ducere ad Prætor, postulationibus sedentem; alioquin in carcerem, ubi servetur in sequentem postulationis diem, in jure sistendi causa. Ejus rei testimonium (quod unus observavit. V. CL. Jacobus Rævardus, Ad. Leg. XII. Tab. c. 5.) est apud Plautum, in *Perja* 2. 4. 18. *SA, Vadatur hic me. PÆ. Uti nam vades desint, in carcere ut sis.* Id tamen, ne nimis vetustum, eoque obsoletum esse videatur, juvabo auctoritate Imp. Justiniani, de suis temporibus idem confirmantis l. 19. C. de testibus, verbis sequentibus. *Si quando invitos testes in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussionem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus. Si enim pro toto litis certamine iurando testium credendum esse putaverint hi, qui eos produxerint: multo magis præsentiam suam testibus sacramento eorum credere debent.* Ex his Justiniani verbis discitur, teneri reos in jus vocatos, acto-

ri cavere datis fidejussoribus: quod nisi faciant, in carcerem detrudi. idemque obtinuisse in testibus, testimonii causa in jus vocatis: licet parati essent, juratoriam præstare cautionem: donec hos a regula juris excepit Imp. Justinianus: præfatus, absurdum esse, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine: ipsis non credi jurantibus, certo die se in judicio adfore testimonii gratia. Hæc igitur cum sit in testibus exceptio; perseverat regula in reis in jus vocatis: in quibus mutata non est. Illud videamus, quale sit, quod Ulpianus l. 2. §. 6. D. de judiciis scribit. *Si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit, nec ne: ipse Prætor debet causa cognita statuere. Quod si constiterit, in ea eum esse causa, ut domum revocet: debet cavere in judicio sisti: statuente Prætor, in quem diem promittat. Sed utrum nuda cautione, an satisfdato, Marcellus dubitat. Mihi videtur sola promissione: quod & Mela scribit: alioquin compelletur judicium accipere, quam invenire eos qui satis pro eo dent.* Ulpianus ait, Romæ conventum, si domum revocet, cum constiterit, eum habere jus revocandi domum, debere cavere in judicio sisti. utrum tamen satisfdato, an nuda cautione, Marcellum dubitare. sibi vero videri sola promissione; addita ratione, *Alioquin compelletur judicium accipere, quam invenire eos qui satis pro eo dent.* Deest vocula magis: quod sæpe fieri, dudum observavit Antonius Augustinus lib. 2. *Emendationum & opinionum* c. 1. sentus Ulpiani, Romæ conventum ab actore, si domum revocet, & constet eum habere jus revocandi domum, excusandum esse a necessitate præstandæ satisfdationis: ne inopia fidejussorum fiat: ut ei intervertatur jus revocandi domum. Est igitur hic singularis causa admittendæ nudæ cautionis; & ideo non trahenda ad exemplum.

* *

CAPUT XXI.

Capitis minutionem Veteribus aliquando dici triplicem, maximam, mediam, minimam: aliquando duplicem, magnam & minorem, sine periculo offensionis. Ulpianus emendatus, explicitusque l. 1. §. 8. D. Ad Senatusconsultum Tertyllianum.

HOc capite videbo, an possim opem ferre Ulpiano, laboranti in his verbis l. 1. §. 8. D. Ad Senatusconsultum Tertyllianum.

Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem. nam vetus sola hereditas quæ Lege XII. Tabularum defertur, capitis minutione perimitur: nova vel ex Lege vel ex Senatusconsultis delata, non perimuntur capitis deminutione. proinde siue quis ante delatam, siue (post) delatam, capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittitur: nisi magna capitis deminutio interveniat quæ vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.

In hanc lectionem omnes consentiunt codices. Interpretum quoque nemo, quantum recordor, ei intendit litem de sinceritate. Non timebo tamen affirmare, esse corruptam. quod si cui molesta sit hæc mea fiducia; doceat me, cupientem discere, quid designent prima Ulpiani verba, *Capitis minutio sal-*

vo statu contingens: non enim intelligo, quomodo ulla salvo statu contingat capitis minutio. Rem putemus: quid est capitis minutio? nonne status permutatio? sic utique definitur l. 1. D. de capite minutis: nec magis maxima & media, quam minima. Paulum audiamus l. ult. D. eod. tit. Cum, inquit, & libertas, & civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. Rursus lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 32. Capitis minutione amittitur (ususfructus), si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœna efficiatur, aut si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit. Paulus dicit, statum mutari non modo deportatione & servitute pœnæ, quæ sunt exempla maximæ & mediæ capitis deminutionis; sed etiam arrogatione vel adoptione, id est, capitis deminutione minima. quæ igitur fronte Ulpianus in d. l. 1. §. 8. Capitis, inquit, minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem? Si quid video; deest Ulpiano verbū, quod non improbabiler sic restituā. Capitis minutio

nutio salvo statu c. contingens; id est, Capitis minutio salvo statu civitatis contingens. Siglis enim his, C. O. apud Veteres significatur, *civitas omnis*: ut docet Valerius Probus, *Notis Veterum*. facile autem Librarius imperitus, aut non attendens ad potestatem Sigli, C, & contra reputans, a tali litera incipere sequentem vocem, *contingens*; neglecta ea, tanquam supervacua, scripsit, *Capitis minutio salvo statu contingens*: cum scribendum esset, *Capitis minutio salvo statu civitatis contingens*. Ea forma idem Ulpianus l. 2. D. de capite minutis, *Pertinet*, inquit, *hoc Edictum ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt*. Paulus quoque l. 5. §. ult. D. eod. tit. *Primo*, inquit, *de ea capitis deminutione quæ salva civitate accidit*. Capitis porro minutio, salva civitate contingens, tantum familiam mutat; nec alia est, quam minor: cui Ulpianus in ipso §. 8. d. l. 1. opponit *magnam*: dicens, *eam vel civitatem adimere*: id est, etiam civitatem adimere. verba Ulpiani sunt. *Nisi magna capitis deminutio interveniat, quæ vel civitatem adimit, ut puta si deportetur*. Magnam, inquit, capitis deminutionem video, minorem quæro. quid, si utramque nomine demonstrat Ulpianus l. 1. §. 4. D. de suis & legitimis heredibus, his verbis, *Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione magna vel minore exiit de potestate*? Est igitur Ulpiano duplex capitis deminutio, magna vel minor: hæc accidit familiæ mutatione, illa amissione civitatis: altera tollit privata, altera publica jura l. 5. §. 3. D. de capite minutis, Callistratus l. 5. §. 3. D. de extraordinariis cognitionibus id sic exprimit. *Consumitur vero (existimatio) quotiens magna capitis minutio intervenit, ut est, cum libertas adimitur: veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ in persona deportatorum venit, vel cum plebejus in opus metalli, vel in metallum datur; nihil enim refert, nec diversa pœna est operis & metalli, nisi quod refuga operis non morte, sed pœna metalli subjiciuntur*. Callistratus aliquibus videtur corruptus; plerisque obscurus; Francisco Duareno lib. 1. *Disput. annivers. c. 9.* integer: talisque mihi occurrit. primum ait Callistratus, existimationem consumi, quotiens magna capitis minutio intervenit: sic vero ostendit duplicem, quam dixi, capitis minutionem, magnam & minorem. cum autem quæri possit, quæ sit magna: deinde addit, *id est, cum libertas adimitur*: appellatione libertatis non privata familiæ, sed publica civitatis, jura significans. hoc quoque ne pariat obscuritatem, duplicem ea libertate, alia naturali, alia civili: utriusque exemplo illustrat. unum est: *veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ (capitis minutio) in persona deportatorum venit*. alterum est: *vel cum plebe-*

jus in opus metalli vel in metallum datur. posterius exemplum manifestum est: datione enim in metallum, vel in opus metalli, utraque tollitur libertas, tam naturalis, quam civilis: quippe cum ea contingat pœnæ servitus, prius obscuriorem habet rationem: deportato libertatem retinente, etsi amittat civitatem. nec tamen hoc confundit Callistratum, nam qui civitatem amittit, ut deportatus, is quidem Jure Gentium liber est: retinet enim quæ Juris Gentium sunt, cæterum amittit quæ sunt Juris Civilis l. 15. D. de interdictis & relegatis: nec ideo est Jure Civili liber; quod sit liber Jure Gentium. Hoc voluit Callistratus: & ante observavit Livius lib. 45. c. 15. Verba Livii. *Omnibus quinque & triginta tribubus emovere: id est, libertatem civitatemque eripere*. Cicero quoque pro *Cacina*, Si, inquit, *semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. qui enim potest jure Quiritium liber esse qui in numero Quiritium non est*. Est igitur duplex capitis deminutio, magna & minor, ut est duplex libertas: una publica civitatis, altera privata familiæ. Imo est triplex capitis deminutio, maxima, media, minima. sic Justinianus tit. *Inst. de capitis deminutione*; sic Paulus l. ult. D. de capite minutis; sic Ulpianus in *Fragm. tit. xi. §. x. & l. 63. §. 10. D. Pro socio*; atque exemplo libertatis triplicis, naturæ, civitatis, ac familiæ. præit Aufonius *Idyll. xi.*

Triplex libertas, capitisque minutio triplex.

Sed nullum periculum: est enim in verbis differentia; in re nulla. cum dicitur triplex esse capitis minutio; maxima mutatur naturæ, minore civitatis; minima familiæ status. ita cum tres sint gradus libertatis: tres sunt species capitis deminutionis. at cum duplicem facimus capitis deminutionem, magnam & minorem: hæc pertinet ad privata familiæ, illa ad publica civitatis jura, ipsa partim civilia, partim naturalia: dividendi forma minime insolita Ulpiano, simili modo in l. 1. §. 2. D. de justitia & jure dicenti, Duas esse juris Positiones, publicum & privatum: cum Aufonius in Duodecim Tabulis reperiat jus triplex: privatum, publicum, & sacrum. verba Aufonii.

Jus triplex, Tabule quod ter sanxere quaterna.

Sacrum, privatum, populi commune quod usquam est.

Nulla plane contradictio est: Ulpianus enim, faciens jus duplex, privatum & publicum, sub publico etiam sacrum complectitur: ut ex ejus verbis intelligi potest. ita perinde est; ac si dicat, jus esse vel privatum, vel publicum; & hoc rursus vel in specie publicum, vel sacrum. id vero quid est? nisi quod Aufonius dicit, jus esse triplex, privatum, publicum, & sacrum.

CAPUT XXII.

Paulus correctus lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 34.

VERBA Pauli sunt lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 34.

Rei mutatione amittitur ususfructus: si domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit, licet postea restituatur.

Si hæc videtur Pauli scriptura; non servavit Paulus verborum proprietatem. cur enim facit mentionem legatæ domus: cum tractet quæstionem de legato usufructu? nam domus non usufructum, sed proprietatem, significat. ita non recte dicitur legata domus cujus legatus sit usufructus.

nec aptius dicitur mutatione rei amitti usufructus, si domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit; igitur, nisi intercedat quis doctior, scribam: *Rei mutatione amittitur usufructus, si domus incendio conflagraverit aut ruina perierit*. Eo modo Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu*: *Constat*, inquit, *si ædes incendio consumpta fuerint, vel etiam terra motu, vel vel vitio suo corruerint, extinguatur usufructus*. Cogitavi quoque, an possit restitui: si domus us. lg. incendio conflagraverit: id est, si domus, usufructu le-

tu legato, conflagraverit. quomodo fere Ulpianus
l. 4. §. 2. D. Quibus modis ususfructus vel usus
amittitur, ait, Rei mutatione interire usumfructum

placet: veluti ususfructus mihi ædium legatus est.
ædes corruerunt vel exusta
sunt.

CAPUT XXIII.

*Imp. Gordianum l. 4. C. de pactis conventis tam super dote probabiliter
corrigi ab Antonio Mureto; sed ejus speciem ab eo imperite concipi: te-
mere explosa Accursii sententia, apta & idonea.*

Imp. Gordiani verba sunt in l. 4. C. de pactis con-
ventis tam super dote.

*Pactum dotale quo matrem convenisse cum patre tuo
proponis, Ut, si in matrimonio decessisset, tibi
& fratribus tuis dos restitueretur: si stipulatio
ex persona vestra, cum in potestate patris consti-
tuti non essetis minus legitima intercessit, defun-
ctæ ea in matrimonio, actionem vobis querere non
potuit. (Sed) si obligatione verborum rite in-
tercedente, dotis petitionem habere potuisti, ma-
xime si adhuc vinculis potestatis patriæ non atti-
geris, petitionem exequi non prohiberis.*

Sic editur, Vinculis potestatis patriæ attigeris. est ubi
legitur, attingeris. mihi probabilis est conjectura
Antonii Mureti, Viri Clarissimi, lib. sing. Observ. ju-
ris c. 6. emendantis, attineris: ut in illo Taciti, lib.
13. Annal. c. 27. Vinculo servitutis attineri. cæte-
rum ut Mureti lectionem laudo: ita minus probo
litem quam Accursio movet de Rescripti specie.
veram enim formavit Accursius: illamque Mure-
tus injuria damnat: substituta de suo alia, ab usu
temporis Gordiani longe remota. id ostendam evi-
denter: si primum ei pro Accursio respondero.

Accursius, ut inveniat Rescripti sensum, duo
supponit: primum putat, dotem marito datam es-
se a muliere, constante matrimonio, idque fieri
posse, intelligitur ex l. 7. §. 3. D. de jure dotium, &
§. 3. Inst. de donationibus. deinde fingit, emancipa-
tos fuisse filios quibus mater, cum marito daret do-
tem, eam reddi pacta est. hoc vero & Græcis inci-
dit, Basilic. lib. 29. tit. 5. pag. 695. & seq. tom. 4. ne-
que Rescripti verbis repugnat. Muretus tamen
præ se fert, utrumque esse commentitium ac nuga-
torium: causatus, quod si jam emancipati a patre
forent filii, non fuit, cur in extrema Rescripti parte
ab Imperatore addatur, Maxime si adhuc vinculis
potestatis patriæ non attingeris, vel attineris. Sed ni-
hil agit Muretus, quis enim miretur sapiens & juris
intelligens, filium a patre emancipatum; in patris
potestatem recidere? Instat ille, vix hoc fieri posse;
& esse absurdum, talia comminisci. Verum quid
vetat, hoc arrogatione fieri; indice præservim Ul-
piano? nisi Mureto tam sordidus videtur Ulpianus,
quam ab eo minus modeste dicitur Accursius, at
Ulpianus l. 8. §. 7. D. de bonorum possessione contra
tabulas ita scribit, Si quis emancipatum filium exhe-
redaverit, eumque postea adrogaverit. Et l. 12. D. de
adoptionibus, Qui liberatus est patriæ potestate, is postea
in potestatem honeste reverti non potest, nisi adoptione.
Modestinus quoque l. 41. D. eod. tit. quæ est ex lib.
2. Regularum, Si, inquit, pater filium ex quo nepos
illi est in potestate, emancipaverit, & postea eum adopta-
verit: mortuo eo, nepos in patris non revertitur potesta-
tem. Nec is nepos in patris revertitur potestatem,
quem avus retinuerit filio dato in adoptionem, quem
denuo readoptaverit. Retinenda igitur omni mo-
do est Accursii species, a Rescripti verbis, & juris

ratione minime aliena: etsi a Mureto indecore ex-
plodatur. Græci certe in Basilicis non aliter sente-
runt, Rescriptum sic transferentes, Fabroto inter-
prete. Si mulier cum marito convenerit, ut morte
ejus soluto matrimonio dotem communibus liberis re-
stitueret: si quidem jam filii nati erant, & sui juris effe-
cti a patre suo stipulati sunt: ex stipulatu habuerunt a-
ctionem. sin autem cum essent sui juris, stipulati non
sunt, aut erant in potestate: adversus patrem nullam
habent actionem: neque enim ex pacto alieno quis actio-
nem acquirit: neque filius qui in potestate est, recte a
patre stipulatur. Satis dixi pro Accursio.

Examinemus nunc Mureti speciem, quam ille
ait veram esse, & omnem scrupulum eximere. Mu-
lier, inquit Muretus, nuptura ei ex quo jam antea
naturales liberos susceperat, in danda dote pacta
est, si in matrimonio decessisset, eam filiis commu-
nibus restitutum iri. postea, nupsit, atque eo modo
liberi qui prius non erant in patris potestate, in ea
esse cœperunt, moritur mater. quæritur, an filii ad-
versus patrem habeant actionem ad dotem repe-
tendam? respondet Imperator, Si minus interces-
serit legitima stipulatio ex persona ipsorum: id est:
nisi ipsimet sint a patre stipulati, dotem eo casu re-
stitutum iri: (quod facere poterant, cum non
essent in ejus potestate) non esse eos ex materno pa-
cto habituros actionem. sed si interposita ex ipso-
rum parte est stipulatio, maxime, id est, ita demum,
eos habere actionem adversus patrem, si jam ex il-
lius potestate exierint. nam si adhuc in potestate
sint; nemini dubium est, inter eos & patrem
judicium constare non posse. Sic Muretus.
Sed blanditur sibi: non enim probanda sunt
quæ dicit, primum, Rescripti verba conside-
remus, Murete: te enim alloquar. ubi dici-
tur mulier ante, quam nupsit, ex viro libe-
ros suscepisse; aut ubi mentio naturalium filio-
rum? deinde quis te docuit, naturales libe-
ros qui non erant in patris naturalis potestate, ob-
insecutum ejus matrimonium cum eorum ma-
tre, esse hic in patris potestate cœpisse? non
enim ignorare te præclara tua finit eruditio,
servandam interpretaturo leges veteres omni-
modo esse historiam Jurisprudentiæ, non uno die
de cœlo lapsæ more imbris, sed incrementa sua pau-
latim sortitæ ex usu hominum & temporum oppor-
tunitate. adeo si veram sequimur rationem. quid
restat, Murete? nisi, ut quæ vertuntur in hoc Gor-
diani Rescripto, exigamus ad mores temporis Gor-
diani. atqui id quod dicis, nulli tum in mentem ve-
nit nato homini, quid, si nec potuit venire? nondum
cognita legitimatione per subsequens matrimoni-
um. primus eam formam, nisi fallor, introduxit
Constantinus; & abrogatam deinde a Zenone re-
stituit atque absolvit tandem Justinianus l. 5. l. 10.
l. 11. C. de naturalibus liberis, & Novell. 89. Qui igitur
potuit Gordiani tempore cogitari de legitima-
tione

tione per matrimonium, eo Principe adhuc incognita, & sub Constantino demum inventa? Sed ma-

nifestus erroris est Muretus, immeritoque reprehenditur ab eo Accursius.

CAPUT XXIV.

Gordianus emendatus l. 6. C. de solutionibus & liberationibus.

Quid vult Imperator Gordianus l. 6. C. de solutionibus & liberationibus, sic rescribens Alexandro?

Si inter patrem tuum eosque quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo recuperata, universum se recepisse cavit, nec de superfluo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis causa id factum est, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.

Meo iudicio, una peccat litera. pro, nec donationis causa id factum est, puto, nec donationis causa id patrum est. Ita mutata litera, facilis fit sensus, usque

adhuc incommodus. nempe pater Alexandri ad quem rescriptum est, recuperata a debitoribus parte debiti, cavit, sive professus est in apocha, universum se recepisse debitum. idem deinde vult petere reliquum. rogat Alexander Gordianum per Libellum, an ejus patri competat exuberantis debiti integra repetitio? rescribit Imperator, competere: si non de reliquo debito, cum de eo dubia lis esset, sit transactio interposita; aut alioquin id non sit a patre gratis remissum per acceptilationem, perve nudum pactum donationis causa. sic censeo;

nec opus demonstratione:
liquet.

CAPUT XXV.

Emendatio l. 12. C. de rei vindicatione.

Impp. Diocletiani & Maximiani verba sunt in l. 12. C. de rei vindicatione.

Incivile atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium, quod tradidisti, & eo modo dominium ejus transulisti, invito eo, ex nostro Rescripto tibi assignetur. Unde intelligis, ancilla semel emptoris facta filios etiam postea natos, ejus dominium sequi, cujus mater eorum eo tempore fuerit. Sane de pretio, si non hoc ante probatum fuerit te recepisse, conveni adversarium tuum.

Quid denuntiant verba, invito eo, quo spectant? sine dubio ad traditum mancipium. sic vero est inconditus sensus atque insipidus: supervacuo, ut stet vel irrita sit venditio, venditi mancipii consensu, cogitavi igitur, an præster legi. Incivile atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium quod tradidisti, invito emp. (vel forte, ep.) ex nostro Rescripto tibi assignetur, Siglo hoc, emp. apud Veteres emptor designatur: auctore Valerio Probo, *Notis Veterum*. eo ex Siglo pro emptore facile surrepsit eo. Sic divinaveram: cum post deinde in *Notis marginalibus* Ludovici Charondæ, V. CL. positum reperi integris literis emptore: nescio, utrum ab ejus ingenio, an ex manuscripto libro: nil enim additur. Æque venuste conjecerim, invito ero: id est, invito mancipii hero, seu domino. quæstio enim d. l. 12. est de voluntate non mancipii, sed domini: quem non minus erum, quam herum dixerunt Veteres. ea ratione in l. 11. §. 6. D. *Ad legem Aquiliam* Florentiæ extat.

Legis autem Aquilia actio ero, competit, hoc est domino. Hoc exemplo cum esset in d. l. 12. scribendum ero, proclivis fuit error Librarii, scribentis eo. Est similis lapsus in hoc Ulpiani ex l. 23. §. 3. D. eod. tit. Idem Julianus scribit, estimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit, & ideo & si pretiosus pistori pollex fuerit praecisus, & intra annum quo praecideretur, fuerit occisus, posse (eum) Aquilia agere: pretioque eo aestimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset. Sic Florentiæ editur pessimo sensu. at erit optimus: emendantibus, posse erum Aquilia agere: id est, posse occisi servi herum seu dominum Aquilia agere. quod felicissime animadvertisse Jacobum Cujacium, lib. 27. *Observ. c. xi.* jam indicavi, lib. sing. *Ad legem Aquiliam c. xii.* Non ignoro, verba, ipsum & ipsam pro hero & hera dici a servis, voces eas usurpantibus loco priorum nominum; idque notasse Isaacum Casaubonum, *Notis ad Theophrasti Characteres ethicos*, pag. 39, ex Plauto & Terentio. eoque exemplo, mea opinione, Apollo sic ait, apud Ovidium lib. 2. *Metamorph. fab. 5.*

Quilibet alter agat portantes lumina currus.

Si nemo est, omnesque Dei non posse fatentur.

Ipsæ agat.

Ipsæ est, Jupiter Deorum rex & dominus. At is usus etsi in vocibus, ipse & ipsa, sit: in eo & ea, quantum scio, non apparet: ac si appareret, ad Jurisconsultos aut Imperatores non pertineret.

CAPUT XXVI.

Callistratus restitutus l. 27. §. 1. D. de pœnis.

Callistrati verba l. 27. §. 1. D. de pœnis.

De Decurionibus & Principalibus civitatum qui capitale admiserint, Mandatis cavetur, Ut si quis (id) admisisse videatur propter quod relegandus extra provinciam in insulam sit: Imperatori scribatur adjecta sententia a Præsede.

Vellicant me hæc Callistrati verba. est enim sermo

de Decurionibus & Principalibus civitatum, qui admiserint capitale crimen. tale vero est, cuius pœna est mors naturalis, aut exilium: id est, in insulam deportatio quæ mors civilis habetur. cæteræ pœnæ ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent: veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum,

tuum, vel in insulam. ipse sic Callistratus l. 28. pr. §. 1. D. eod. tit. Non igitur servit ejus proposito quod sequitur, *Ut si quis id admisit videatur propter quod relegandus extra provinciam in insulam sit.* Sed videamus, ne ei sic aptari possit. De Decurionibus & Principalibus civitatum qui capitale admisit, Mandatis cavetur, aut si quis (id) admisit videatur propter quod relegandus extra provinciam in insulam sit: Imperatori scribatur adjecta sententia a Præside. Sic lego, aut si quis: cum edatur hætenus, ut si quis. causam vitio dedit *ἐν τοῖς* in verbis, Mandatis cavetur, quæ verba e comate suo sunt trajecta in aliud. sic enim scribendum fuit; volentibus evitare *ἐν τοῖς*. De Decurionibus & Principalibus civitatum qui capitale admisit, aut si quis (id) admisit videatur propter quod relegandus extra Provinciam in insulam sit, Mandatis cavetur: Imperatori scribatur adjecta sententia a Præside. Sed malim ego *ἐν τοῖς*, etsi duram, explicatione adjuvare, quam correctione expungere: quia in eam consentiunt omnes libri; & est frequens Veteribus: ut aliquot exemplis observavit Vossius, lib. 4. Inst. Orat. c. 1. ad fin. & ante eum Alciatus, lib. 10. Parerg. c. xi. ut ut erit; subaudienda apud Cal-

listratum est vocula, ut: quam sæpe subintelligi in sermone omissam, notum est, & notavit Franciscus Sanctius, *Minerva lib. 4. c. 7. De Ellipsi.* Ita Callistrati sensus, Mandatis caveri; ne Decuriones & Principales civitatum, si admisit crimen capitale, (hoc est, dignum morte aut deportatione) aliudve ob quod extra provinciam relegandi sint in insulam, a Præside puniantur, antequam Imperatori scribatur, & ab eo sententia confirmetur. Sic censo; atque amplius, non tractare Callistratum de genere pænæ, a Præside infligendæ Decurionibus & Principalibus civitatum: sed de modo quo in pænâ capitali, aut alia illis infligenda Præses uti debeat: hoc est, utrum possit eos punire statim, ac damnati sint; an primum debeat de pænâ scribere ad Principem. Eodemque pergit hoc Callistrati §. 2. d. l. 27. Alio quoque capite Mandatorum in hæc verba cavetur: Si qui ex principalibus alicujus civitatis latrocinium fecerint, aliudve quod facinus, ut capitale pænâ mernisse videantur, commiserint: *vinctos eos custodies, & mihi scribes, & adjicies, quid quisque commiserit.*

* *
*

CAPUT XXVII.

Venditorem fundi in quo erat sepulchrum, si in contrahenda venditione non excepisset iter ad sepulchrum, post traditum fundum, Ciceronis & Labeonis tempore non habuisse iter ad sepulchrum. sed ab hoc jure deinde moribus esse recessum. Pomponii sensus & lectio l. 5. D. de sepulchro violato.

Vix dubito, ita fuisse aliquando Jure Civili observatum: ut venditor fundi in quo erat sepulchrum, nisi in contrahenda venditione nominatim pactus esset, ut sibi liceret per fundum ire sepulturæ causa, deinde iter ad sepulchrum non haberet. Ex hoc jure Cicero, *Pro S. Roscio Amerino*: *Multa, inquit, simul ante oculos versabantur: mors hominis florentissimi, Roscii, crudelissima: filii autem ejus egestas indignissima, cui de tanto patrimonio prædo iste nefarius ne iter quidem ad sepulchrum patrum reliquisset.* Ciceroni accedit Labeo l. 53. §. 1. D. de actionibus empti & venditi: sic scribens. Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti: *parum habes eo nomine cautum.* Labeonis sensus est, Si vendidisti fundum in quo erat sepulchrum: tum, si excepisti tibi sepulchrum; & sepulchrum retines, quia id excepisti; & iter ad sepulchrum, quia alioquin nulla foret causa aut utilitas excepti sepulchri l. 10. D. de religiosis, sed si cum fundum venderes, non excepisti tibi sepulchrum: retines quidem sepulchrum, quia a te non est venditum, etsi non sit exceptum: sed iter ad sepulchrum non retines, quia ubi vendidisti fundum, neque sepulchrum excepisti, non potest exceptum videri iter ad sepulchrum: cujus non est facta in venditione mentio. Recte igitur Labeo, *Si non nominatim tibi sepulchrum excepisti: parum habes eo nomine cautum.* Et tamen id interdum aliter se habere Civili Jure, animadvertit Paulus, *Notis ad Labeonem*, his verbis d. l. 53. §. 1. *Minime, si modo in sepulchrum iter publicum transiit.* Optime: nam si id sit: licet tibi ad sepulchrum transire itinere publico, quod si non sit;

ut Labeo ait, *parum habes eo nomine cautum.* At quod Ciceronis & Labeonis tempore non obtinuit juris regulis, deinde adversus eas esse consuetudine receptum, auctorem habeo Pomponium l. 5. D. de sepulchro violato; modo bene accipiantur ejus verba. nam sunt molestissima Doctissimis Viris, Pomponii verba sunt.

Utimur eo jure, ut dominis fundorum in quibus sepulchra fecerint, etiam post venditos fundos adeundorum sepulchrorum sit jus. legibus namque prædiorum vendundorum cavetur, Ut ad sepulchra quæ in fundis sunt, iter eis aditus, ambitus, funeris faciendi sit.

Pomponii sensus est, Quod dominis fundorum in quibus sepulchra fecerint, ex regulis juris, etiam post venditos fundos, non est jus adeundorum sepulchrorum. sed adversus eas regulas est usu receptum: (hoc enim volunt hæc verba, eo jure utimur; ut pluribus ostendi lib. 1. Probabilium c. 2. & 3.) ut fundorum dominis etiam post venditos fundos sit jus adeundorum sepulchrorum. Quæ ratione? ait Pomponius, *Quia legibus prædiorum vendundorum cavetur: Ut ad sepulchra quæ in fundis sunt, iter eis aditus, ambitus, funeris faciendi sit.* Pomponius per leges prædiorum vendundorum non significat leges publice latas de forma vendundorum prædiorum, quod video aliquos existimare: sed pacta seu conventa prædiorum venditioni privatim a venditore adjecta: ut *Lex* sæpe accipitur, l. 77. l. 22. §. 1. l. 40. pr. & §. 1. D. de contrahenda emptione; etiam apud Catonem, *Dererustica*, c. 146. 147. 148. 149. & 150. Est igitur Pomponii sensus, quia pactis prædiorum vendundorum

C c

cave-

cavetur, id est, quia his pactis plerumque cavetur, vel quia his caveri solet; ut ad sepulchra quæ in fundis sunt, iter eis aditus, ambitus funeris faciendi sit. porro quod est moris & consuetudinis, etsi adjectum non sit, in bonæ fidei iudicio pro adjecto habetur: simili collectione qua Ulpianus l. 31. §. 20, D. *Ædilitio Edicto*, Quia, inquit, assidue est duplex stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire. Possent hæc sufficere ad intellectum d. l. 4. nisi variaret ejus lectio in libris manu scriptis. nam in plerisque est, iter eis, aditus, ambitus funeri faciendi sit. in Pandectis autem Florentinis editur a Taurellio, iter ejus aditus, ambitus, funeri faciendi sit. Ex quo Jacobus Cujacius, lib. 13. *Observ.* c. 36. facit iter & jus aditus. Sed scribo, eis iter, aditus, ambitus, funeris faciendi sit:

vel ita: *elus aditus, ambitus, funeris faciendi sit.* Quod valet, eis jus aditus, ambitus, funeris faciendi sit. Est autem eis, eis sepulchris, nam sepulchris deberi iter, docet Paulus l. 4. D. *Quemadmodum servitutes amittuntur*, §. l. 14. §. 1. D. *de servitutibus*. Et est similis ea locutio huic Veteris Lapidis apud Gruterum, *Corpore Inscriptionum*, pag. 611. *Inscr.* 13. HVIC. MONUMENTO. ITER. ADITUS. AMBITVS. DEBETVR. EX. SENTENTIA. EROTIS. AVG. L. IVDICIS. Postremo dicitur in d. l. 5. *Eis iter, aditus, ambitus funeris faciendi sit.* Apud Accursium est, *funeris faciendi causa.* non male. nec ob id repudianda prior lectio. est enim frequens omissio verbi *causa.* at hanc quia multis jam ostendit Antonius Augustinus, lib. 2. *Emendat. c.*

1. pag. 99. & 100, non
agam actum.

FINIS LIBRI II.

OBSERVATIONUM.



INDEX CAPITUM

utriusque libri Observationum.

LIBRI PRIMI.

- CAP. I. *Modestini locus elegans qui est in l. pen. D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis, ex conjectura restitutus.* 259
- II. *Julianus l. 20. D. de legibus ex Plutarcho illustratus: & collatus aliis Plutarchi locus cum l. 3. & l. 6. D. de poenis.* 260
- III. *Errare doctissimos viros, qui opinantur, populum Romanum Lege Regia omni se jure & majestate abdicasse in honorem Principis; idque ab Ulpiano l. 1. D. de Constitutionibus Principum significari verbis, Ei & in eum. Verus eorum verborum sensus: & similes loquendi figura apud Julianum l. 2. §. 3. D. de jure codicillorum, & Vellejum Paterculum lib. 2. quem a Justo Lipsio, V. CL. emendari sine necessitate.* ibid.
- IV. *Quo sensu scribat Paulus, Imperatorem ex imperfecto testamento legata aut fideicommissa vindicare, in verecundum esse. Extricata in primis l. 23. D. de legatis lib. 3.* 261
- V. *Quid apud Pomponium l. 28. D. de usufructu sit, Numismatibus aureis vel argenteis veteribus pro gemmis uti? & expuncta levis menda ex Ulpiano l. 27. §. 4. D. de auro, argento, mundo.* 262
- VI. *Isidori locus de actione finium regundorum ab errore revocatus unius litera mutatione* 264
- VII. *Gaji Fragmentum quoddam quod est in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, a Juris nostri Architectis sub illo Titulo collocari perperam. quo pertineat; & quis sit verus ejus sensus.* ibid.
- VIII. *Ad peremptorium edictum non veniri post tria, sed post duo, edicta. Restituta Ulpiani verba quae luxata haecenus sunt in l. 68. & l. 70. D. de judiciis: & Hermogenianus l. 53. D. de re judicata correctus explicitusque.* 265
- IX. *Si quas in fundo lapidicinas, cretifodinas, arenifodinas, aut quaecumque alia metalla, exercuit dominus proprietatis; his fructuarium uti posse, legato fundi usufructu. Quid, si dominus nulla exercuit? adhuc fructuarium instituere ea posse, quibus nihil agricultura nociturus sit. Quid, si in iis quae instituere velit fructuarius, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis? an potest ea de jicere? non videri. Ulpianus l. 13. §. 5. D. de usufructu liberatus interpolatione plane turbulenta & male coherente.* 266
- X. *An fructuarius, legato fundi usufructu, ex venatione vel aucupio habeat questum redditumve, si quae in fundo sint vivaria aut ornithones? Et quisnam ille questus & redditus sit? Quid, si venationes aut aucupia sint in fundo non circumsepto? Fructus pro ferarum foetibus. Exercere feras, quid? Tryphoninus extricatus l. 62. pr. & §. 1. D. de usufructu.* 268
- XI. *Lacus & stagna clausa non distingui a piscinis; neque silvas circumseptas a vivariis, siue leporariis. Vindicata Francisci Hotmani V. CL. emendatio in l. 3. §. 14. D. de acquirenda possessione, improbata Accursii, Jacobi Cujacii, Hugonis Grotii, aliorumque Clarissimorum Virorum sententia.* 270
- XII. *Neratii locus sane difficilis qui est in l. 61. pr. & §. 1. D. de usufructu, expeditus.* 271
- XIII. *Volusius Macianus l. 9. D. de lege Rhodia de jactu emendatus, Aethalia pro Italia substituta.* 272
- XIV. *Plinii locus de Pado flumine correctus, ibidem.*
- XV. *Clamorem cujus meminit Gajus l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, a Lege Duodecim Tabularum non desiderari circa cadem nocturni furis: neque a Triboniano videri profectum. eum deberi Gajo; & esse ex Eurenaticis.* 273
- XVI. *Corruptum videri Marcellum. l. 72. D. de solutionibus, etiam Ulpianum l. 7. §. 2. D. de injuriis, & quemadmodum restituendus sit uterque locus.* 274
- XVII. *Quid apud Celsum l. ultim. D. de conditione causa data causa non sequuta sit Pro portione emptionis & venditionis est. Apud Plantum Pro portione nec vir, nec mulier tu mihi es, recte legi adversus V. CL. Janum Gulielmum.* 275
- XVIII. *De lectione & intellectu Senatusconsulti Vellejani, apud Ulpianum l. 2. §. 1. D. Ad Senatusconsultum Vellejanum. ibidem.*

* *

LIBRI SECUNDI.

- I. *Mandatum*, quamvis nominatim conferatur post mandatoris mortem, tamen ejus morte secundum regulas juris sine distinctione finire. 278
- II. Si quis mandet, ut quis sibi post mortem suam faciat monumentum, aut ut fundum emat hereditario monumento; mandatum post ejus mortem adversus mandati formam veneratione religionis sustineri. Ulpianus l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra expositus; & suppleta ex manuscriptis libris lacuna. 279
- III. Deteresa Gajo macula l. 13. D. Mandati vel contra. 280
- IV. In l. 18. §. 2. D. de mortis causa donationibus non mandatum esse, sed fideicommissum. ibid.
- V. Ex Senatusconsulto, temporibus Imperatoris Claudii facto, in Urbe licuisse patruo fratris sui filiam uxorem ducere, florentibus jurisconsultis, ex quibus collecta sunt Pandectarum Fragmenta. An in Provinciis quoque? non videri. Quae in Urbe sunt singulari ratione constituta, non fuisse utique in Provinciis recepta. Gajus l. 55. D. de ritu nuptiarum expositus ope Inscriptionis. Interpolatum videri quemdam ejusdem Gaji locum, qui est lib. 1. Institutionum, tit. De matrimonio §. 3. rejecta Francisci Hotmani sententia. 281
- VI. Ulpianus levi mendo liberatus l. 45. §. 6. D. de ritu nuptiarum. 283
- VII. Quomodo fiducia, pignus, & hypotheca, apud Veteres distinguantur? Isidorus emendatus. ibid.
- VIII. Fuisse Praetori causam justam & necessariam in Edicto suo proponendi actionem Servianam, & mox quasi Servianam, quae alias hypothecaria appellatur. Et quanam fuerit illa ratio. 284
- IX. Antichresin recte definiri a jurisconsultis, mutuum pignoris usum; ab usque Claudio Salmasium, V. CL. sine ratione dissentire. Marcianus l. 33. D. de pignoratitia actione explicitus, salva veteri lectione adversus Salmasium. Verbum pro formula ibidem & in aliis quibusdam locis. Idem Marcianus ex conjectura emendatus l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis. 285
- X. Non esse probabilem Salmasii sententiam circa intellectum l. 9. §. 2. D. de suppellectile legata. Alius & verus ejus sensus demonstratur, disjuncta macula, quae eum locum deformavit hactenus. 287
- XI. Quo sensu scribat Paulus l. 54. D. de contrahenda emptione, Rem bona fide venditam, propter minimam causam inemptam fieri non debere. 288
- XII. Male habere Venulejum l. ultim. D. de usu & usufructu legato, & remedium quo ad sanitatem reducendus sit, demonstratum. 289
- XIII. Verba, seu segnitia, in l. 8. C. de pignoratitia actione non esse Impp. Philippi. A. & Philippi C. sed indocti Interpretis. 290
- XIV. Ulpianus expositus l. 17. §. 7. D. de injuriis, & Proculus l. 15. D. de tritico, vino, vel oleo legato emendatus. 291
- XV. Notabilis loquendi forma apud Ulpianum l. 4. D. de curatoribus furioso & aliis extra ordinem dandis. 292
- XVI. In editis scriptisque exemplaribus variare lectionem Marcelli l. 11. D. Quemadmodum servitutes amittuntur; Ulpiani l. 15. §. 4. D. de usufructu; Juliani l. 23. D. de act. empt.; Ulpiani l. 4. D. de custodia reorum; Pauli l. 14. D. de usufructu; ac l. 65. §. 1. D. de conditione indebiti; Justiniani pr. Inst. de militari testamento, & l. ultim. C. de restitutione militum; eamque varietatem a neglecta observataque Siglorum potestate proficisci. Simile quid tentatum circa Ulpianum l. 35. D. de procuratoribus. ibid.
- XVII. Probata ex Siglis Cujacii conjectura in l. 60. D. Pro socio; & nova addita. 293
- XVIII. Emendatus Ulpiani locus corruptissimus qui est in l. 23. §. 3. D. de acquirendorum dominio. 294
- XIX. Ulpianus emendatus in Fragmentis tit. x1. & Lex Duodecim Tabularum de testamentaria tutela exposita. 296
- XX. Reum in ius vocatum, si non habeat fidejussores, quibus caveat iudicio sisti, includi carceri: etsi paratus sit, juratoriam cautionem prestare. ibidem.
- XXI. Capitis minutionem Veteribus aliquando dici triplicem, maximam, mediam, minimam: aliquando duplicem, magnam & minorem, sine periculo offensionis. Ulpianus emendatus, explicitusque l. 1. §. 8. D. Ad Senatusconsultum Tertullianum. 297
- XXII. Paulus correctus lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 34. 298
- XXIII. Imp. Gordianum l. 4. C. de pactis conventis tam super dote probabiliter corrigi ab Antonio Mureto; sed ejus speciem ab eo imperite concipi: temere explosa Accursii sententia, apta & idonea. 299
- XXIV. Gordianus emendatus libr. 6. C. de solutionibus & liberationibus. 300
- XXV. Emendatio lib. 12. C. de rei vindicatione. ibidem.
- XXVI. Callistratus restitutus l. 27. §. 1. D. de poenis. ibid.
- XXVII. Ven-

INDEX CAPITUM.

XXVII. *Venditorem fundi in quo erat sepulchrum, si in contrahenda venditione non excepisset iter ad sepulchrum, post traditum fundum, Ciceronis & Labeonis tempore non habuisse iter ad sepulchrum, sed ab hoc jure de-*

inde moribus esse recessum. Pomponii sensus & lectio l. 5. D. de sepulchro violato.

305

301



GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

FORMA EMENDANDI
DOLI MALI,

IN CONTRAHENDIS NEGOTIIS
ADMISSI, APUD VETERES

LIBER.

Editio prima in Germania post tertiam Lugduno-Bataviensem.

Ad Virum Clarissimum & Eruditissimum,
GERARDUM NOODT,
JURISCONSULTUM,

In Academia Lugduno Batava Antecessorem ,

Cum in lucem ederet librum singularem

De forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis
admissi , apud Veteres.



NOODTI, quo docto non exstat nomen in orbe
Notius , o Themidis cura decusque tua !
Sic volo , sic jubeo , dudum est ratio ultima Regum ;
Quot ratio Leges perdidit illa bonas !
Sic lego , Doctorum dudum est ratio ultima , saepe
Sed ratio , sana quæ rationis eget.
Qui toties Leges Veterum , & Responsa resigunt ,
Sæpe docent , quam sint juris in Arte rudes.
Sed qui Romani corrupta volumina Juris
Emendatrici posse carere manu ,
Et tot in affecto tolerari Corpore censet
Vulnera posse , bonam non amat ille fidem ,
Si quis Aristarchum , Veterum nulli arte secundum ,
Tenegat esse , dolo non caret ille malo.
Tam docte emendas , tam scite corrigis , ut sis
Cujacii par aut proximus ingenio.
Jamque novo insignis confirmas pignore libri ,
Te critico leges non temerare stilo.
Perge , Probabilium felix inventor , & auctor ,
Judicium nobis perge probare tuum.
Tot conjecturis , Tibi quas debemus , acutis
Ipsa Probabilius nil putat esse Themis.

CORNELIUS VAN ECK,

Jurisconsultus & Antecessor.



GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
DE
FORMA EMENDANDI
DOLI MALI,
IN CONTRAHENDIS NEGOTIIS
ADMISSI, APUD VETERES
LIBER.

CAPUT I.

*Dolus quid, & unde Donato? Eum dolum Veteribus esse bonum
vel malum. De dolo bono Ulpiani sententia.*



Re erit, in limine Operis quod est de forma castigandi doli mali, in contrahendo admissi, paucis præmittere, quid Veteres doli mali appellatione significant. esse autem dolum a lædendo dictum, id est, a dolando, id est, minuendo, Donatus auctor est, ad Terentii Eunuchum, *act. 3. sc. 3. vers. 9.* præfatus, quod & δόλος Græce læsio dicitur: & dolones, tela quædam bellica: & dolare fabri, lignum est ascia cædere.

Sed non sufficit, scire, quid sit dolus: nisi intelligamus, quis sit malus: quia dolus est ex mediis verbis, ut venenum, tempestas, valetudo, alia, quæ capere possint duas inter se res contrarias. Illi rei testimonium dicit A. Gellius, *Noct. Attic. lib. 12. c. 9.* Ulpianus quoque *l. 1. §. 3. D. de dolo malo* observat, in Edicto de dolo malo non contentum fuisse Prætorem, *dolum* dicere, sed adiecis-*se malum*: & causatur, Veteres *dolum* etiam *bonum* dixisse, & pro *solertia* hoc nomen accepisse. Ac ne quis requireret ejus exemplum doli: esse inquit, si adversus hostem latronemve machinetur. Recte: si his vim intendat, tamquam hostibus aut latronibus. quæ enim veritas debetur eis, qui rumpentes humanæ fœdus conjunctionis, humano jure pro nullis habentur? hac ratione occidere eos licet. quid ni fallere licebit? Non ita est: si cum his agatur de restituendo humani juris commercio. quæ enim ratio suadet, cum eis, tamquam hominibus, conveniri de integranda societate: ea ratio vult, eis, tamquam hominibus, præstari veritatem: sine qua non sit libertas communi hominum jure. Habes unum exemplum doli boni, quod est Ulpiani *d. §. 3. l. 1.* sed ne solum sit, addam alterum ex *§. 2. ejusdem loci.* Id exemplum est in his qui deserviunt, & tuentur vel sua, vel aliena: hoc est, qui dissimulant; non ut communi officiant conjunctioni; sed ut ei serio profint. De Medicis Seneca *lib. 6. de benefic. c. 15.* *Quod deserviunt, quod a rebus suis advocati nobis va-*

cant, servire est prodesse: deservire valde prodesse: vocula *de* augente verbi significationem; perinde ut in *deposito* notat Ulpianus *l. 1. D. Depositi vel contra.* finge, quem per insaniam aut morbum ire se perditum: hunc veri dissimulatione deludi; ne pereat ideo, quod sua non intelligat bona. est dolus: sed communi approbatur sensu. non enim sinat ratio, ne homo perdat hominem quem potest servare: ut non æque velit, ne homo homini præstet veritatem qua eum perditurus sit. sane, ut ille apud Terentium, *Andria, act. 1. sc. 1. vers. 115.*

— — — *Si illum objurges, vita qui auxilium tulit:
Quid facias illi qui dederit damnum aut malum?*

Igitur jure humanæ conjunctionis (cui non minus veritatem, quam cæteras virtutes, servire æquum est) non est vitium, veri dissimulatione servare hominem, absque ea foret, vero perituum. Idem dicam, si quis dissimulatione se vel alium tuetur adversus aliquem qui non movetur legibus rationis: impediens furore, ira, aut ebrietate. ut enim hunc fallat dissimulatione: quam tamen injuriam facit ei cui non debet veritatem, communi adversam utilitati? facit igitur dissimulatio etiam hic dolum bonum: id est, a societate humanæ conjunctionis quam omnes qui se bonos justosque dici volunt, sine exceptione juvare oportet, minime alienum. At non est faciendum malum, quantumvis secuturo bono? Tamquam sapiens appellet malum quod ad communem decurrit utilitatem. erras: ratio numquam damnat humanæ studium conjunctionis. imo quod huc ducit, semper vocat bonum. ac si rem recta putamus via: quam tandem dabimus causam, cur homini ab homine debeatur veritas? nisi quod alter alteri naturali ratione, quasi tacita lege, jungitur, teneturque quadam juris societate: quæ, nisi integra atque illæsa uniuscujusque libertate de suis commodis suo arbitrio judicandi statuendique, nulla est. sit igitur ei qui rationem, id est, naturæ legem, sequi postulat, (quod omnes sine exceptione facere oportet) prima societatis, altera veri cura:

ra:

ra nec verum quærat propter verum; sed ut veri observatione communem juvet utilitatem, a veri negligentia minime sperabilem. quod si est, huc devenitur; ut homo homini cum quo ei sit humani juris societas, debeat veritatem; sicut ei cætera debet jura; nec alias tamen, quam si communi servitura sint utilitati: ad quam spectat humanæ jus conjunctionis. cæterum si ad perdendas magis, quam ad juvandas, res humanas pergant: quod dubium est, utrum præstet, communem sequi utilitatem cum nullius injuria, an veritatem non dicam inanem, sed ipsi cui exhibetur, aliisque

noxiam & perniciosam? Aliquis dicat: Deus cuius virtutibus conformem esse hominem, quantum potest, convenit, verus est. Ut hoc concedam: quis nescit, eundem Deum qui est verus, in primis esse humanis rebus utilem ac salutarem? nil igitur vetat, hominem quem volumus Divinas imitari virtutes, omni modo agere, ut se hominibus semper præbeat utilem, si liceat, veri professione; sin minus, ejus simulatione aut dissimulatione. Dixi de dolo bono:

quantum sufficit Ulpiano.

CAPUT II.

De doli mali definitione. Et an aliqua Veterum circa eam fuerit dissensio. Ulpiano lux in l. 1. §. 2. D. de dolo malo.

Doli mali prolixior erit inspectio: varia ejus definitione apud Veteres. Gallus enim Aquilius apud Ciceronem, *De Officiis lib. 3.* ait, Dolum malum esse, cum aliud agitur, aliud simulatur: eaque definitione utitur Julius Paulus, *lib. 1. Sentent. tit. 16.* At Galli auditor Servius Sulpicius *l. 1. §. 2. D. de dolo malo*, verbis paulo pluribus ait, Dolum malum esse, machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, & aliud agitur. Nec aliter Ulpianus *l. 7. §. 9. D. de pactis*; cum, Dolus, inquit, malus sit calliditate & fallacia: Et ut ait Pedius, dolo malo pactum sit, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur; & aliud agi simulatur. Idem tamen, quod mireris, Ulpianus *d. l. 1. §. 2.* sic scribit, Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur & aliud agitur. Labeo autem posse & sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse & sine dolo malo aliud agi, & aliud simulari: sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviunt & tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Non fuere igitur Veteres in definiendo dolo malo semper eadem usi loquendi formula.

Nec tamen mea me fallit opinio, fuisse unam non modo Galli Aquilii & Servii Sulpicii, sed Labeonis quoque & Ulpiani, de dolo malo sententiam. Argumentum mihi, quod Cicero qui utrique, cum Aquilio, tum Servio, familiaris fuit, complura de doli mali definitione disseruit: sed non meminit novæ Servianæ. tantum sequitur Aquilianam; eamque ab homine definiendi perito factam attestatur *d. lib. 3.* Ne Labeo quidem *d. l. 1. §. 2.* a Servii definitione recedit; minusque eam erroris convincit: etsi dubitationem quam in ea facere videbatur exempli demonstratio, plurimum adjectione illustret. scilicet animadvertibat Labeo, si Serviana definitio ad definiendi leges rationesque exigeretur: facile in ea duo posse reprehendi. unum, quod sine simulatione potest agi, ut quis circumveniat, alterum, quod sine dolo malo aliud agi, aliud simulari potest. prioris exemplum Labeo nullum adfert cæterum alludit ad verbum, *simulare*, quod & Galli & Servii definitione continetur. id vero verbum distinguitur a *dissimulare* quod a Gallo aut Servio doli mali definitioni non est insertum. simulamus enim falsa; vera dissimulamus: ut Nonius refert *pag. 731.* Potest igitur

dolus malus fieri sine simulatione: sed sine simulatione & dissimulatione fieri non potest. hæc prior Labeonis observatio. posterioris exemplum est in his qui per dissimulationem deserviunt & tuentur vel sua vel aliena. fac: Medicus ægrum decipit falso nomine: suavem appellans potum qui sit ingratus. est dissimulatio & dolus: sed non est dolus malus. non enim debet Medicus ægro veritatem ei nocituram. contra debet ei studium restituendæ salutis. hoc cum sequitur, & sanat ægrum, quamquam delusum veri dissimulatione: tamen non capit eum; injuriam certe ei nullam facit. Dicit aliquis, Servium huic dubitationi occurrere per verbum *decipiendi*: quo capiendi vis semper contineatur. Sed ei qui hoc censeat, opponam Titum Lucretium. Verba Lucretii ex *lib. 1. De rerum natura* hæc sunt.

*Sed veluti pueris absinthia terra medentes
Cum dare conantur, prius oras pocula circum
Contingunt mellis dulci flavoque liquore,
Ut puerorum atas improvida ludificetur
Labrorum tenuis: interea perpotet amarum
Absinthii laticem, deceptaque non capiatur.
Sed potius tali facto recreata valeat.*

Sic, si aut Aquilius aut Servius usus esset vera ac propria definitione: quæ consistit ex genere & differentia. At non id egit aut hic aut ille. uterque voluit, tantum aliquam facere demonstrationem ex qua quid esset dolus malus, qualiter qualiter intelligeretur: Ita perinde erit, ac si quærat quis, Quid est dolus malus? & alius respondeat, Ut cum aliud agitur & aliud simulatur: vel verbis paulo pluribus, Dolus malus est, verbi gratia, machinatio quædam decipiendi causa, cum aliud simulatur & aliud agitur. Quam definiendi formam Veteribus familiarem fuisse, cum ex Isidoro *lib. 2. Originum c. 29. vers. Undecima*, *pag. 381.* tum ex nostris jam demonstravi olim *lib. 1. De jurisdictione & imperio c. 2. & 4.* Sed quid opus verbis? usum ea in proposito fuisse Aquilium, docuit me Cicero *lib. 3. De officiis*, verbis tam clavis, ut non possit clarioribus. Verba Ciceronis. *Nondum Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas: in quibus ipsis cum ex eo quæreretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum.* Non est igitur sic accipienda aut Aquilii aut etiam Servii definitio, quasi sit perfecta & justa, in qua nihil addi, aut

de mi,

de mi, possit: quo casu male omiſſa foret diſſimulatio. ſed quia magis eſt deſcriptio ab exemplo, recte dicitur doloſus malus eſſe, cum aliud ſimulatur & aliud agitur; nec ob id videtur aut hic, aut ille, diſſimulationem in definitione excluſiſſe. Simili ratione Servius, cum dolum malum appellat, machinationem quamdam decipiendi cauſa, non utique ad agrum reſpicit aut ſimilem, cujuſ interſit, ſe decipi: nec magis ſibi proponit hoſtem cui ideo non debeat veritas, quia jure belli pro nullo habetur; ſed aliquem ſupponit hominem cui in contrahendis tranſigendiſve negotiis ad intelligendam ſuam utilitatem judicii libertate opus ſit: quo in caſu ſi decipiatur, eum dolo malo lædi accipi, id eſt, injuria affici, veriſſimum eſt: quia ei jure humano & veritas debetur, & relinquenda judicii libertas eſt. Sed utrumque ex hoc Ciceronis d. lib. 3. intelligitur. *Quod ſi Aquiliana definitio vera eſt, ex omni vita ſimulatio diſſimulatioque tollenda eſt. ita nec ut emat melius, nec ut vendat, quiſquam ſimulabit vir bonus.* Atque iſte doloſus malus etiam legibus erat vindicatus: ut tutela XII. Tabulis, & circumſcriptio adoleſcentum lege Latoria, & ſine lege judiciis in quibus Ex fide bona agitur. reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt, in arbitriorei uxoria Melius æquus: in fiducia, Ut inter bonos bene agier. Quid ergo aut in eo quod æquus melius eſt, poteſt ulla pars in eſſe fraudis: aut cum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi doloſe, aut malitioſe poteſt? doloſus autem malus ſimulatione & diſſimulatione, ut ait Aquilius, continetur. Idem de Ulpiano dicam: qui quamquam in d. l. 1. §. 2. probet Labeonis definitionem: tamen in d. l. 7. §. 9. D. de pactis utitur ea quæ eſt

Pedii, atque eadem Servianæ. Ita ſit mihi veriſſimile, & Labeonem & Ulpianum magis pertendere ad explicandam Servii mentem, quam ad reſellendum aliquem ejus errorem. Atqui Ulpianus d. l. 1. §. 2. Labeonis, inquit, ſententia vera eſt. Sed non idcirco vult, Servii falſam eſſe. ſatis intelligebat, Veteres paſſim qualibus qualibus uti rerum deſcriptionibus: raro accuratis & juſtis definitionibus. Fuit igitur utrique, tam Ulpiano, quam Labeoni negotium, monere, captanda non eſſe Servii verba; ſed ſano tenſu accipienda. Nec eſt quod offendant loquendi forma, Labeonis ſententia vera eſt. non enim eſt Veteribus inuſitata: & occurrit talis aut ſimilis in l. ult. D. Si ſervitus vindicetur: quæ eſt ex Labeonis lib. 1. Pithanon a Paulo epitomatorum. In ea ſane lege ait Labeo, Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus conſtitui non poteſt. Et mox ſubjicit Paulus. Imo puto, idcirco id falſum eſſe: quia cedi poteſt, ut aquam quæres, & inventam ducereliceret. Nec tamen quidquam improbat Paulus. nam eandem eſſe utriuſque & Labeonis & Pauli ſententiam, quis feliciter meliusque ipſo oſtendat Paulo? atqui in l. 10. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum eodem proſus ore loquentem facit Labeonem. Verba Pauli, ſi quis deſideret, hæc ſunt. Labeo ait, talem ſervitutem conſtitui poſſe, ut aquam quæres, & inventam ducere liceat: nam ſi liceat, nondum adificato (adificio), ſervitutem conſtituere, quare non æque liceat, nondum inventa aqua eandem conſtituere ſervitutem? & ſi, ut quæres liceat, cedere poſſumus, etiam ut inventa ducatur, cedi poteſt. Expoſui meam de doli mali definitione ſententiam. nunc cætera exſequar.

CAPUT. III.

Summos infimosque Juris Interpretes in quaſtione de forma cœercendi doli mali in contrahendo admiſſi, jam huc decurrere: ut exiſtiment, ſtricti juris contractus in quibus detegitur doloſus malus, ſine diſtinctione valere ipſo jure; ſed actione, vel exceptione, doli infirmari: in bonæ fidei contractibus intereſſe, utrum doloſus malus det contractui cauſam, an in contractum incidat: illic ipſo jure nullum eſſe contractum: hic non eſſe, ſed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione emendari. Eam doli mali diſtinctionem non videri veram. nec magis conſtare rationem formæ, ex ea tradita negotiis bonæ fidei.

Sæpe quaſitum eſt ab egregiis Juris Interpretibus, qua ratione ſoleant Veteres dolum malum, in contrahendo bonæ fidei vel ſtricti juris negotio admiſſum, in Foro Romano expungere. Et quidem in ſtricti juris contractibus ſine diſcrimine placuit, eos valere ipſo jure; ſed actione, vel exceptione, doli mali infirmari. in hiſ autem qui bonæ fidei appellantur, itum eſt in ſententiam exiſtimantium, duplicem venire dolum malum: alium qui contractui cauſam det, alium qui in contractum incidat: illum dici, cum quis ultro non contracturus, ad contrahendum dolo malo inducitur: hunc, cum alias contracturus, circa rem, aut circa æſtimationem, dolo malo circumſcribitur: illic ipſo jure nullum eſſe contractum, nec parere actionem, nec egere reſciſſione: hic valere, ſed actione bonæ fidei, vel exceptione doli mali emendari.

At ea ſententia, etſi jam omnium calculis recipiatur, meo probari ac retineri in republica literaria, ſalva Juris Civilis diligentia, non poteſt. Metuo tamen, ne promptæ videatur audaciæ, hominem unum, & mediocris ingenii, nec magnæ eruditionis, abrogare ſectam, tot illuſtrium virorum periculo & fide a pluribus ſeculis ſubnixam. Sed pudorem meum vincit magna ratio vindicandæ Jurisprudentiæ ab errore, non minus moleſto, quam deformi. Primum mihi perſuadeo, illam celebrem doli mali diſtinctionem, cum in rem præſentem venit, nullo Veterum teſtimonio liquere. ubi enim aut nota ejus aut veſtigium in toto Juris Corpore? at nec cauſa occurrit; imo nec color vel probabilis, quo adjuvetur. etenim ſi in bonæ fidei contractibus ab initio, ut decet, quaeritur

ritur bona fides qua illi maxime sustineri dicuntur *l. 116. D. de regulis juris*: quidquamne est, cur dolus malus qui in talem contractum vel circa rem vel circa æstimationem cadat, non æque, atque is qui contractui causam det, a bona fide removeatur? nihil vero tale exstare, tam mihi certum est, quam simulationem, dissimulationemque, cum mera simplicitate pugnare. hoc plus postulo, mihi ostendi, cur magis in bonæ fidei, quam in stricti juris, contractibus dolus alius in contractum incidere, alius ei causam dare dicatur; aut cur ea distinctio, si utrique conveniat generi, non in utroque adhibeatur? cum præferim Imperatores, Diocletianus & Maximianus, *l. 4. C. de obligationibus & actionibus*, cuidam Licinio sine discrimine rescribant, *Bonam fidem in contractibus considerari, æquum esse*. Quid, si præterea dicam, dolum qui in perficiendo contractu circa rem aut pretium consistit, contractui causam dare? adhuc nihil dixero a ratione alienum, quotus enim quisque dolo malo ad contrahendum, nisi alicujus spe utilitatis, quasi qua esca, inducitur? atque id Plautus observat, *Rudente, act. 4. sc. 7. vers. 9.* verbis sequentibus.

- - - *In atate hominum plurima
Fiunt transenna, ubi decipiuntur dolis.
Atque adeo in eas plerumque esca imponitur.
Quam si quis avidus poscat escam avariter,
Decipitur in transenna avaritia sua.
Ille qui consulte, docte atque astute cavet,
Dintine ei uti bene licet partum bene.*

Basilii quoque, *Regulis brevioribus*, *Interrogatione 77. tom. 2. edit. Parisiens. pag. 554.* Verba. *Dolus est, ea quæ ad insidiandum adhibetur exquisita solertia: quotiescumque videlicet quis per simulationem alicujus boni, eo alicui perinde uti illecebra quadam objecto, quæ ad insidias pertinent, exequitur.* Licebit igitur Jurisprudentiæ, integra ejus forma, deinceps carere illa decantata non in Academiis tantum, sed in Foro quoque, fabula de distinctione doli mali qui det causam contractui bonæ fidei, & qui in eum incidat.

Nec minus temere atque inconsiderate jactatur, bonæ fidei contractum esse ipso jure nullum, cum ei causam dat dolus malus: & valere, cum in eum incidit, sed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione, emendari. Aut enim me decipit animus meus, aut in hoc quoque articulo aliquem audio

verborum sonum, sensu nullo. De exceptione agam primum. dic, obsecro, quid verius pronuntiem ac simplicius, quam bonæ fidei contractum, ob quem incidentem in ejus ingressu dolum malum, non valere ipso jure: si volumus, eum doli mali exceptione infirmari? nimirum constat, exceptiones, quia insunt bonæ fidei judiciis, bonæ fidei contractum ipso jure evertere. Jam ubi idem dolus dicitur corrigi actione bonæ fidei: licet circumvento (sic enim in inferioribus demonstrabo) ea, si velit, a toto contractu Judicis officio discedere? hoc vero quid rei est: nisi is contractus vel sic irritus atque inutilis ipso jure habetur? nam alioquin (ut optime Symmachus, *lib. 2. Epist. 87.*) *Vox juris ac legum est, bonæ fidei contractum non posse rescindi.* Rursus e diverso, cum nullus esse dicitur contractus cui causam dedit dolus malus: inepti sumus; si putemus, nulla prodi Juris Civilis remedia quibus ille in bonæ fidei judicio inutilis atque imperfectus declaretur: sive deceptus a deceptore conveniatur: sive ultro adversus eum experiatur. ea porro remedia quæ sunt, præter exceptionem doli mali quæ inest bonæ fidei judicio, aut actionem bonæ fidei quæ de dolo actio continetur? hoc sensu Cicero, *lib. 3. De natura Deorum c. 30.* *Inde, inquit, tot judicia de fide mala, tutela, mandati, pro socio, fiducia, reliqua quæ ex empto, aut vendito, conducto, aut locato contra fidem fiunt.* Si sumus in ita ad Ciceronem ratione: ubi distinguit dolum malum qui incidat in contractum bonæ fidei, & qui ei præbeat causam? nusquam. ait tamen, quæ contra fidem fiunt in bonæ fidei contractibus, verbi gratia, emptione aut venditione, judiciis de fide mala, id est, actionibus bonæ fidei, ut empti aut venditi, sine discrimine expungi. Jurisconsulti quoque illi Veteres quorum hoc in Opere investigamus & mentem & usum, habent exempla in quibus dolus malus, etiam cum causam dat bonæ fidei contractui, bonæ fidei actione coercetur. sed nec desunt apud eos documenta in quibus dolus malus bonæ fidei contractum sine distinctione infirmet ipso jure. Quod si est: putemus, sententiam illam pervulgatam Interpretum non regi Juris ratione certa & æquabili: sed vago, lubrico, & præcipite labi itinere: nec quo vestigium tuto moveat, valde discernere.

* *

C A P U T IV.

Forma qua Veteres usi sunt in expungendo dolo malo, magis deberi subtilitati Fori Romani, quam simplicitati Juris Gentium. usu hujus Fori in judiciis stricti juris vindicatum passim non fuisse dolum ante Edictum C. Aquilii Galli: post id Edictum in his coercitum quidem fuisse, verum Prætorio Jure.

Igitur ut distinctius certiusque intelligatur nobilis, sed perplexa, quæstio de forma castigandi doli mali, in contrahendo admissi: non præteribo silentio, quod ea quæstio minime servit simplicitati Juris Gentium, sed debetur subtilitati Fori Romani. Non utar multis: summam rem complectar. naturalis ratio qua una Jus Gentium censetur, non facit contractus alios bonæ fidei, alios stricti juris. contra putat, omnes bonæ fidei esse, idcirco in omnibus bonam desiderat

fidem: quam Ambrosius *lib. 2. De officiis c. 10.* non minus commode, quam proprie atque ex arte, *veritatem simplicitatemque* indigitat. Ad eundemque modum etiam Petronius eam accipit, *Satyræ c. 101.* his verbis, *Se neque scire, quid acciderit, nec ullum dolum malum consilio adhibuisse, sed mente simplicissima, & vera fide, in navigium comites induxisse.* Atque ita est: Jus Gentium bonam fidem, id est, veritatem simplicitatemque, in omnibus contractibus sine discrimine desiderat: usque adeo,

adeo, ut contractum in quo non hanc reperiat, sed dolum malum, (quem Veteres præsertim simulatione aut dissimulatione alterius circumveniendo causa definiisse, supra dixi) nullius momenti esse existimet, hoc vero aliter se habet in Foro Romano: in quo contractus quidam bonæ fidei, alii stricti juris dicebantur. & in his quidem qui bonæ fidei erant, qualiscumque dolus malus non dicam humanitate damnabatur, sed Judicis officio ipso jure coerceretur: quippe cum contrarius esset bonæ fidei; quam in his contractibus non modo ratio, sed

& Jus Civile semper exegit. at in stricti juris contractibus dolus malus, etsi ratione apud bonos viros improbaretur, tamen in Foro, præterquam adjecta de dolo stipulatione, aut minore circumscripto, non magnopere vindicabatur ante Præturam C. Aquilii Galli: qui primus doli mali actionem exceptionemque in Edicto proposuit.



CAPUT V.

De forma emendandi doli mali in contractibus stricti juris ex Edicto C. Aquilii Galli. Cicero expositus, & nostrorum auctoritate firmatus.

SED hæc quia procul dubio multis parum perspicua, pluribus falsa atque absurda videbuntur, diligentius constituenda erunt. initium sumam, a contractibus stricti juris: sponsoremque ejus quod de his dixi, dabo Ciceronem, locupletem, opinor, atque idoneum. is Cicero lib. 3. *De natura Deorum* c. 30. judicium de dolo malo familiari suo, C. Aquilio Gallo, palam acceptum refert verbis quæ adscripsi. *Inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo; quod C. Aquilius familiaris noster protulit.* Nec tantum illo in loco Cicero ejus mentionem infert: sed & lib. 3. *De officiis*. ibi cum narrasset, Canium equitem Romanum a quodam argentario cui Pythio nomen erat, *emisse hortulos, nomina fecisse, negotium consecisse;* (id est, hortulos emisse, emptionemque in contractum nominum transfudisse, recepto more quem Theophilus nobis refert, ad tit. *Inst. De literarum obligationibus*) deinde ait, Canium vidisse, se a Pythio esse deceptum dolo malo; & mox subjicit, *Stomachari Canius: sed quid faceret? nondum enim Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas.* Cicero significat, contractum nominum, in quem ea Canii Pythiique emptio & venditio novatione transierat, etsi esset plenus doli mali, tamen quia stricti juris erat, eo tempore Civili Jure valuisse, scilicet, quia eo dolus, quamquam apud bonos & graves viros turpis ac fœdus putaretur, tamen (nisi de dolo stipulatio intervenisset: quo casu locus est ex stipulatione actioni l. 1. §. 4. *D. de dolo malo*) in judicio stricti juris ideo negligebatur: quod quidquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, perinde quasi omissum sit, ad officium Judicis non pertinet §. *ultim. Inst. de obligationibus ex consensu*, l. 92. *D. de verborum obligationibus*. Hoc Civili Jure, quid Prætorio? nec eo tum poterat stricti juris contractus, ob quem dolum, a Præторе rescindi per in integrum restitutionem: nondum prodita a Gallo Aquilio actione & exceptione doli mali: quas Cicero *doli mali* formulas appellat. Sic ante Aquilii Edictum. at eo proposito, deinde contra fuisse, Cicero indigitat. Nec tamen inficior, quod & postea, si quis dolus malus intervenisset in stricti juris contractu diceretur, obtinuit: ut Civili Jure valeret contractus, & obligationem actionemque produceret. non enim Civili Juri erat curæ bona fides in judicio stricti juris: (nisi, ut dixi, interposita stipulatione, Dolum malum abesse, abfuturumque esse) nec poterat Aquilius suo Edi-

cto Populi jus abrogare, neque nullam dicere obligationem quæ moribus rata habebatur. adhuc igitur poterat ex ea obligatione actio peti subtili jure. quamquam Prætor, motus æquitate Edicti Aquiliani, ita jus dicebat: ut cum actori Civili Jure daret actionem: reo contra accusanti ejus dolum malum, doli exceptionem permetteret l. 36. *D. de verborum obligationibus*, l. 5. *C. de inutilibus stipulationibus*. qua impetrata, deinde si ad litis eventum respeceretur: nil intererat, utrum actor nullam haberet actionem ipso jure, an haberet eam quæ per exceptionem elideretur l. 112. *D. de regulis juris*, l. 3. §. 1. *D. de pecunia constituta*, manebat tamen, quoad agendi modum, differentia, atque insignis, utrum nulla ipso jure esset actio, an esset quæ Prætoriam exceptionem tolleretur. nam si nulla esset Civili Jure actio; vel fuisset, sed desisset esse: sufficiebat, reum in jure apud Prætorem, ubi ab actore, conveniebatur, inficiari debitum. tum enim nisi in judicio Judici ab actore probaretur, esse sibi actionem Civili Jure adversus reum: vel si a reo demonstraretur, esse eam desisset ipso jure: a Judice absolvebatur reus; permittente formula: quod non pareret, reum actori secundum regulas Juris debere. Sic, si nulla esset Civili Jure obligatio l. 9. *C. de exceptionibus*. at si valeret; sed demum per exceptionem Jure Prætorio infirmaretur: oportebat reum aliter se defendere. nam ubi actor is qui erat dolo malo stipulatus, in jure postulabat a Prætore, sibi dari actionem & Judicem, eique puram præscribi formulam, scilicet, Si paret, reum dare facere oportere ex stipulatu, condemna: statim debebat reus ei objicere exceptionem doli mali; non quidem in rem, sed ut specialiter de actoris dolo quereretur: simul debebat a Prætore petere, eam exceptionem inferi formulæ: hoc ferme modo, Si in ea re nihil actoris dolo malo factum esset l. 2. §. 1. *D. de doli mali exceptione*. quod si fecisset Prætor: erat reo jus, eam exceptionem deinde in judicio apud Judicem probare suo ordine: Judex autem probatam admittere poterat l. 8. & 9. *C. de exceptionibus*. sin in jure omissa esset apud Prætorem; deinde reus eam apud Judicem in judicio, quamvis ante sententiam, fero, ideoque frustra, & objiciebat & probabat: non aliam ob causam, quam quia formula quam Prætor Judici commendaverat, ejus notioni finem posuerat: æquitas certe exceptionis quæ extra formulam erat, ei commissæ a Prætore non erat. ita reus, quia liquebat, eum teneri Civili Jure, quam-

quamquam inique, tamen a Judice (qui iussus erat, judicare, an reum Jure Civili dare facere ex stipulatu oporteret; non, an æquum bonum esset, eum ex stipulatu dare facere, demonstrato actoris dolo malo) sine ulla religione condemnabatur.

Atque hoc jus erat; si reus, re integra, a stipulatore conveniretur. Quid, si res defuisset esse integra? finge, eam non promissam modo esse, sed traditam quoque. erat læsus qui rem tradiderat: sed quis erat exceptioni locus, non agente stipulatore? igitur hic succurrebat Prætor læso actione de dolo malo: quam C. Aquilius ei, si alia actio non esset, id est, (ut Ulpianus interpretatur) si res ei ad quem pertinet, alio modo salva esse non posset, intra annum utilem, (quem Imp. Constantinus in *l. ult. C. de dolo malo* convertit in biennium continuum) causa cognita promisit *l. 1. §. 1. cum seqq. item l. 7. D. de dolo malo*. Ad quid? ut quod factum esset dolo, Judicis arbitrio restitueretur: ac nisi fieret restitutio, sequeretur condemnatio, quanti ea res ab actore Jurejurando in litem æstimata esset *l. 18. D. eod. tit.* Nec tamen hoc semper observat Prætor. quid enim, si manifestum esset, rem non posse restitui: vel quia periit, ut si servus defunctus sit: vel quod lis tempore sit extincta, vel si servus libertatem manumissione aut sententia acceperit? non jam potest res restitui: nec opus Judicis arbitrio quo jubeatur res restitui; sed protinus debet reus condemnari in id quod interfit actoris *l. 18. §. 1. & 4. item l. 24. D. eod. tit.* Sic fere in eo qui egit dolo malo, edixit Prætor. at in heredem eatenus daturum se actionem pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, dolo malo ejus factum est, quo minus perveniret *l. 26. & l. 27. D. d. t.* neque videtur Prætor hic addidisse, causa cognita. ita observat Ulpianus, neque causæ cognitionem in heredis persona esse necessariam *l. 30. D.*

d. t. Paulus quoque *l. 29. D. d. t.* refert, Sabinum putare, heredem calculi ratione potius, quam maleficii, conveniri; ideoque in perpetuum teneri oportere: nempe, ne ex alieno damno lucretur. cui conveniens esse, Gajus censet *l. 28. D. eod. tit.* ut & in ipso qui dolo malo commiserit, in id quod locupletior esset, perpetuo danda esset in factum actio. Sed apparet, quod bona fides in stricti juris contractibus demum cœpit ex Aquilii Edicto desiderari: cum ante nulla esset necessaria Civili Jure: nisi facta de dolo stipulatione, etiam apparet, quod stricti Juris contractus in quo liqueret dolus malus, ante Aquilii Edictum utroque valeret jure, & Civili, & Prætorio: post Aquilii autem Edictum Civili quidem Jure valebat, sed Prætorio rescindebatur vel exceptione vel actione doli mali. nec tamen alias, quam si actor aut reus designasset, quid & cujus dolo malo factum esset *l. 15. & l. 16. D. de dolo malo. l. 2. §. 1. D. de exceptione doli mali*: & de dolo actionem aut exceptionem, causa cognita, a Præatore impetrasset. Illud quoque observandum, quod non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore circumscribitur. nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando suo utatur jure: is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur *l. 5. §. 6. D. eod. tit.* Non magis dissimulandum, quod si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. licet enim eo tempore quo stipulabatur, nihil dolo malo admisserit: tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere *d. l. 2. §. 3. D. eod. tit. l. 36. D. de verborum obligationibus.*

* *

CAPUT VI.

Varro declaratus notabili & difficili loco.

HAc occasione fas mihi sit, aliquam, si possim, lucem affundere pulchro, sed obscuro loco Marci Terentii Varronis *lib. 5. De Lingua Latina*, cujus apposui verba: sunt autem hæc. *Qui sponderat filiam, despondisse dicebatur: quod de sponte ejus, id est, voluntate exierat. Non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus. Nam in comœdiis vides dici, sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum & prætorium jus ad legem, & censorium judicium ad æquum æstimabatur. Et paulo post. Itaque qui ad id quod rogatur, non dicit; non respondet: ut non respondet ille statim, qui dixit, spondeo, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Ita quisquis dicit in tragœdia, Meministi' te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* Ut intelligatur difficilis locus; observandum est, quod ut ex sponsu quis Civili Jure obligaretur, sufficiebat, eum ad interrogata respondisse, nec intererat, utrum serio respondisset, an per jocum. erat enim stipulatori utraque in specie jus, a Præatore petere ex stipulatu actionem: nec in more erat Prætori, eam denegare; aut ei addere exceptionem: non proposito adhuc Edicto de formulis doli mali, ita fiebat, ut ex sponsu conventus promissor apud Judicem a Præatore datum,

quamvis per jocum respondisset interroganti, tamen sine ulla Judicis religione condemnaretur. Atqui hoc humanitas atque officium non patiebatur. quis negat? sed de officiis non apud Prætorem, nec apud Judicem ab eo datum quærebatur, maxime in judiciis stricti juris: sed apud Censorem. erat enim alteri commendata juris legumque executio: alteri non ea commissa erat: sed morum censura & castigatio: ut ille clamat apud A. Gellium, *lib. 14. Noct. Attic. c. 2.* ac vere & commode Persius, *sat. 5.*

Non Prætoris erat, stultis dare tenuia rerum

Officia, atque usum rapida permittere vite.

Quid multa? clare Plautus, *Pseudolo, act. 4. sc. 7.*

Anferetur id premium a me quod promisi per jocum.

Nec Plautus tantum, sed Varro quoque sequentibus verbis. *Qui sponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte ejus, id est, voluntate exierat. non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus.* Sensus, Si nolebat, dabat tamen: id est, tenebatur tamen actione ex stipulatu dare: idcirco quod Civili Jure sufficeret, promissionem de promittentis sponte esse profectam: denique, quod apud Prætorem de jure; non, ut apud Censorem, de æquo ageretur. Nolo, hic meam sequaris fidem, inter-

intercessore utar Varrone : is sic pergit. *Nam in comœdiis vides dici, Sponden' tuam gnata[m] filio uxorem meo? quod tum pratorium jus ad legem, & censorium judicium ad æquum æstimabatur.* Quid Varro? vult, Prætores olim legibus, Censores æquitati serviisse : igitur Prætores tum, si quis per jocum respondisset interroganti, jus ex legibus dixisse ; etsi æquitas resisteret : tantum quia sponsor sponte locutus diceretur ; idque legibus sufficeret. addit Varro joci exemplum : ut si quis in comœdia spondeat. Ita olim fuit, at deinde & Prætor cœpit de sponsu sic jus dicere : ut, si jocandi causa dictum esset, spondeo, daret quidem actionem Civili Jure : verum adderet exceptionem ; eaque opposita, obligatio per jocum contracta, etsi Civili Jure valeret, tamen Prætorio Jure pro nulla haberetur. Atque hoc præsertim invaluit post introductas ab Aquilio de dolo malo formulas : scilicet, ne cui dolum suus per occasionem Juris Civilis prodesset contra naturalem æquitatem l. 1. §. 1. *D. de exceptione doli mali.* Obtinuit vero ea exceptio, non modo si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus esset ; sed & si

nullus stipulantis dolum intercessisset ; verum ipsa res in se dolum haberet : ut si sine causa stipulatus sit, & deinde ex ea stipulatione experiatur, nam etsi ab initio nihil dolo malo admiserit ; cum tamen litem contestatur, dolo facit qui perseverat, ex ea stipulatione petere l. 2. §. 3. *D. eod. tit. § l. 46. D. de verborum obligationibus.* Et hoc Varro vult ; cum subjicit, *Itaque qui ad id quod rogatur, non dicit, non respondet, ut non respondet ille statim qui dixit, spondeo, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. itaque quisquis dicit in tragœdia. Meministine te despondere mihi gnata[m] tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* Quod Varro in fine dicit, *cum eo agi non posse ex sponsu.* de effectu accipiendum est : quia opposita doli mali exceptione fit, ut nihil intersit, utrum quis ab initio non habeat actionem ; an habeat, sed ea per exceptionem infirmetur l. 112. *D. de regulis juris.* atque eo quoque sensu accipi debet Paulus l. 3. §. ult. *D. de obligationibus & actionibus.* Satis dixi de forma castigandi doli mali in contractibus

stricti juris.

* *

CAPUT VII.

Bona fidei contractus, ob qualemcumque dolum malum, in contrahendo admissum ab aliquo contrahentium, inter eos fuisse ipso jure imperfectos atque inutiles : neque indignuisse ulla Galli Aquilii, aut alius Prætoris providentia. Cicero iterum vocatur ad partes. avulsam a l. 5. C. de rescindenda venditione esse l. 5. C. de in integrum restitutione minorum. hæc lex obiter emendata. illa utriusque conjunctione explicita. l. 3. C. Communia utriusque judicii collata cum Corpore Gregoriano. uterque locus expositus. in hoc & lacuna adducta. alia.

TRanseo ad bonæ fidei contractus : in quibus longe aliud jus est, præsertim inter contrahentes. qualiscumque enim dolum malus ab eorum altero in contrahendo admissus sit, is non de dolo actione aut exceptione ex Aquilii Edicto, (quid enim opus?) sed officio Judicis ipso Civili Jure corrigitur. ejus rei erit aliquanto certior ratio ; cogitantibus, bonæ fidei contractum non alias perfici Civili Jure consuevisse, quam si bene, ut inter bonos, ageretur. nec intererat, utrum in contrahendo dictum promissumve esset, Ex fide bona ; aut, Ut inter bonos bene agier ; aut, Dolum malum abesse, abfuturumque esse ; an non esset l. 68. §. 1. *D. de contrahenda emptione.* id enim quia solebat conveniri, etsi omissum esset, pro adjecto habebatur l. 31. §. 20. *D. de Edictio Edicto* : propterea quod in bonæ fidei judicio, in quo magis de bona fide agitur, quam de apicibus juris l. 29. §. 4. *D. Mandati*, tantumdem valet Judicis officium, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio l. 7. *D. de negotiis gestis.* §. ult. *Inst. de obligationibus ex consensu.* Inde tradit Ulpianus l. 152. §. ult. *D. de regulis juris*, Bonæ fidei contractibus doli præstationem vel bonam fidem, inesse : item, Bonam fidem sustinere contractum bonæ fidei l. 116. *D. de regulis juris.* Cicero quoque illo ex fonte, si in contrahendo bonæ fidei contractu quid fiat dolo malo, quia fit adversus bonam fidem, imperfectum ha-

beri contractum, judicioque bonæ fidei expungi dolum malum, non minus commode, quam diserte, nos docet *De officiis lib. 3.* Iste, inquit, dolum malus etiam legibus erat vindicatus : ut tutela XII. Tabulis, & circumscriptio adolescentium lege Latoria : & sine lege judiciis, in quibus Ex fide bona additur. reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt ; in arbitrio tei uxoria, Melius æquius : in fiducia, Ut inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo quod melius æquius, potest ulla pars inesse fraudis? aut, cum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi dolose aut malitiose potest? Cicero quod dixi indicat, Civili Jure intelligi, in bonæ fidei negotiis agi semper : ut a contrahentibus invicem bona præstetur fides. quod si quid malitiose aut dolose fiat, ipso Jure vindicari : non quod de hoc rogata & iussa lex sit ; sicut de pupillorum & minorum circumscriptio cautum est lege Duodecim Tabularum & lege Latoria : sed quia ex Fori disputatione (ex qua venit jus Civile l. 2. §. 5. *D. de origine juris*) placuit Jure non scripto, dolum malum in bonæ fidei judiciis in quibus jubetur Judex judicare ex fide bona, vel quod æquius melius, (nam eorum formulæ talis aut similis inferebatur clausula) sine Prætoris opera ac beneficio, mero Judicis officio coerceri : eo quod est contrarius bonæ fidei. Ita congruit Ciceronis sententiæ, bonæ fidei contractum, verbi gratia, emptione & venditione, con-

Dd 2

trahen-

trahentium consensu, non quali quali, sed integro ac puro a fraude & dolo; Civili Jure perfici: usque adeo, ut in bonæ fidei iudicio nullo Judicis officio negligi, rescindi, atque infirmari possit in quod bona fide consensum sit: volente ratione Juris Civilis, a Judice ex bona fide servari quod fide bona Jure Civili perfectum est. cæterum si in contrahendo intervenisse arguatur dolus malus: tum utcumque inter contrahentes consensum esse dicatur, tamen quia non est ab initio ita, ut oportebat Jure Civili, actum fide bona, obtinuisse in bonæ fidei iudicio: ut perinde, ac si consensum non sit, imperfectus atque inutilis intelligatur contractus, & officio Judicis, ex fide bona cognoscentis, ipso Civili Jure resolvatur.

Quamquam quid Ciceronem cito ad testimonium? cum æque liceat mihi uti fide Impp. Diocletiani & Maximiani: qui eadem plane forma ad Libellum cujusdam Rufi in hæc rescripserunt verba *l. 5. C. de rescindenda venditione.*

Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provincia animadvertit: sciens contrarium esse dolum bonæ fidei (quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur) rescindi venditionem jubebit. Quod si jure perfecta venditio est a majore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolveri non posse.

Hæc sunt legis verba: non tamen integra, mea sententia. extat certe pars in *l. 5. C. de in integrum restitutione minorum.* indicio mihi utriusque cum Inscriptio, tum tenor. est enim utraque lex Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ad Rufum: & perseverat in posteriore sermo qui in priore cæpit. Sed malo, hoc ipsius legis, quam meis, verbis intelligi: verba legis.

Minoribus in integrum restitutio in quibus se captos probare possunt, etsi dolo adversarii non probetur, competit. Ante impletum etiam quintum & vicesimum annum de his in quibus se captos existimant minores, posse in integrum restitutionem implorare, certissimi juris est.

Sic hætenus editur: nec dubito, an male. nam idem bis dicitur: quod Imperatoribus minime fuit propositum. constabit sensus; si pro etiam legatur enim vel etenim. sic adfertur priorum causa; quod res postulat. etiam sit aliquando; ut circa voces enim & etiam varient manuscripti libri. ne exemplo res careat, adducam *§. ult. Inst. de suspectis tutoribus*: in quo vulgo editur, *Suspectum etiam eum putamus.* D. Vinnius observat, alias legi, *Suspectum enim eum putamus.* atque ita quoque habet liber meus manuscriptus, totum igitur Rescriptum, nisi quis doctior dissentiat, conjuncta utraque lege, sic restitutam.

Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provincia animadvertit: sciens contrarium esse dolum bonæ fidei, quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem jubebit. Quod si jure perfecta venditio est a majore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolveri non posse. Minoribus in integrum restitutio in quibus se captos probare possunt, etsi dolo adversarii non probetur, competit. Ante impletum enim quintum & vicesimum annum de his in quibus se captos existimant minores, posse in integrum restitutionem implorare, certissimi juris est.

Species hæc est. Rufus quidam ad quem rescriptum est, alicui vendidit prædium. Is Rufus sensit, esse se illa læsum venditione. igitur ex more illius temporis de quo egi alibi, adiit Imperatores per Libellum: petens rescindi, id est, ut ego interpretor, improbari, sive negligi, sive pro nulla declarari venditionem qua se damnatum pati opinabatur, perinde ac si facta non esset. Ad eum Libellum rescripserunt Imperatores hoc sensu. Aut tu, Rufe, major es quinque & viginti annis, aut minor. quod si major sis: tum si probaveris provinciæ Præsuli, te adversarii dolo malo (qualiscumque is sit: non enim distinguitur) deceptum prædium vendidisse: jubebit Præses, venditionem rescindi: id est, ut dixi, negligi aut pro inutiles haberi, & quidem Civili Jure. quia enim scit, contrarium esse dolum bonæ fidei quæ in hujusmodi, id est, in bonæ fidei contractibus, Jure Civili maxime necessaria est: habebit venditionem in qua demonstratur dolus malus, pro imperfecta, id est, Civili Jure invalida, sive nulla; teque, etsi major sis, quam quinque & viginti annis, Judicis officio ordinario illo jure adjuvabit *l. 2. C. de actionibus empti & venditi. l. 2. C. Quibus ex causis majores.* Sic, Rufe, si quis arguatur dolus malus. Quod si nullus intervenit: intelligere debes, venditionem mutuo consensu perfectam, ita uti Jure Civili oportet, eo Jure tenere; neque facile officio Judicis resolveri, id est, ut dixi, negligi, sive improbari, sive nullam atque inutilem existimari; etsi imprudentia tua aliquo modo læsus sis. primum, quia hoc patitur natura ejus contractus *l. 8. C. de rescindenda venditione.* deinde rationis est, venditionem Jure Civili perfectam, Civili Jure servari. Sic Rufe; si sis major quinque & viginti annis. at si te minorem probes, atque ætate lapsus esse: aliud dicendum est. nam minoribus, etiam cum nullus intervenit dolus malus, & emptio perfecta est Civili Jure, tamen si se captos esse probare possint, ejus rescissio non quidem Civili Jure officio Judicis, sed per in integrum restitutionem extraordinaria cognitione favore ætatis Jure Prætorio competit *l. 1. §. 1. & l. 24. §. ult. D. de minoribus.* Quod si est, ut est verissimum: liquet, Diocletianum & Maximianum velle, bonæ fidei contractum in quo accusatur dolus malus in contrahendo admissus, sine discrimine esse imperfectum Civili Jure: ideoque ipso illo Jure rescindi; vel quod idem est, in iudicio bonæ fidei ipso jure nullum esse. quomodo Ulpianus *l. 9. D. de contrahenda emptione, Sive,* inquit, *in ipsa emptione dissentient, sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.*

Superiori Rescripto similis est sensus *l. 3. C. Communia utriusque iudicii.* quod enim illic, idem hic agunt Impp. Diocletianus & Maximianus; nec mihi tempero, ne id demonstrem: quia æque facit proposito nostro, si prudenter regatur. Verba *d. l. 3.*

*Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Aurelia Septimia. * Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur. PP. XVI. cal. Jul. ipsis AA. † (& Constantio III.) Coss. 293.*

Obscurior est Rescripti sensus : sed ne quas turbas det, duplex adhibenda cautio est : una, ne putetur integrum : altera, ne alio referatur, quam ad divisionem per fraudem vel dolum factam ; licet faciat mentionem divisionum quæ sint factæ per fraudem, vel dolum, vel perperam, utrumque hujus observationis caput juvabo ipsius exemplo Rescripti : quod ex Codice Gregoriano Consultatio Veteris Jurisconsulti, quam nobis servavit diligentia Viri Clarissimi, Jacobi Cujacii. *Consult. 1.* ad sequentem exhibet modum.

*Ex Corpore Gregor. lib. 3. Imperatores, Diocletianus & Maximianus A.A. Aurelia Severa. * An divisio quam factam esse proponis, convelli debeat, rector provincie presente parte diversa diligenter examinabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inequaliter factum esse constiterit, in melius reformat. † PP. xvii. Kal. Jul. Ipsi vi. & Constantio iiii. Coss.*

Non peccabo ; si opiner, in versu, *Quando*, deesse verba, in *bonæ fidei judiciis*, cum extent in *d. l. 3.* atque ex ea restituenda esse illo in versu : quasi sit, *quando in bonæ fidei judiciis etiam majoribus* : & reliqua. Ita fuerit Rescripti sensus : Si quis dolus malus in divisione sine iudicio facta : id est, sine iudice, sic enim accipitur *iudicium* : ut in hoc Senecæ, *Hercule furente, vers. 732. Non unus alta sede quasitor sedens, judicia trepidis sortitur reis.* Si quis, inquam, dolus malus in divisione sine iudicio sive sine iudice facta, admissus esse probabitur : convellet eam Præses Jure Civili iudicio familiæ erciscundæ, aut communi dividundo : & quod improbe atque inæqualiter factum est, ea via sine discrimine in melius reformat, etiam si sis major annis viginti quinque, nempe, quia convenit clausulæ, ex fide bona, (secundum quam judicari oportet in bonæ fidei judiciis, qualia sunt familiæ erciscundæ, & communi dividundo) ut divisione per fraudem facta perperam, æque majoribus, ac minoribus, subveniat adversus id quod improbe atque inæqualiter factum sit : bona fide fraudulentam divisionem, ut dixi, negligente, sive pro nulla habente ipso jure. Sic, si divisio (quod de facto contigerat) sine Iudice facta sit dolo malo, idem vero esse, & si arbitro dato divisio celebrata sit, iidem Imp. Diocletianus & Maximianus *l. 8. C. de collationibus* rescripserunt. Verba. *Si soror tua in paternorum bonorum divisione te fefellit ; nec dotem quam acceperat a patre vestro intestato diem functo, contulit : Præses provincie, examinatis partium allegationibus, cum bonis dotem confundi jubebit, & quod deducta ratione plus ad eam (esse) animadverterit, tibi restitui jubebit. Idem est, & si arbitro dato divisio celebrata est.* Hæc Imperatorum sententia clara & evidens.

Atque huic etiam se adscribit Paulus *l. 3. §. 3. D. Pro socio*, verbis sequentibus.

Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est : quia fides bona contraria est fraudi & dolo.

Aut nihil intelligo, aut manifestus est Pauli sensus, Societatem, si coita sit qualicumque dolo malo, sine discrimine nullam esse ipso jure : quia dolus malus, qualiscumque sit, est contrarius bonæ fidei, qua is contractus Civili Jure fulcitur. Esse scio, qui Pau-

lum accipiant de societate, dolo malo coita fraudandi tertii gratia : quia loquitur de societate, coita dolo malo aut fraudandi causa. Sed ludibrium est, non vera species. Paulus jungit illa, *Dolo malo aut fraudandi causa* : quomodo, *Fides*, inquit, *bona contraria est fraudi & dolo.* Nec aliter utitur his verbis Vetus Formula, sequentibus comprehensa Siglis, D. M. F. C. quæ Sigla Valerius Probus, *Notis Veterum*, exponit, *Doli mali fraudisve causa* Simili ratione Prætor *l. 1. D. de his qui notantur infamia* ait, infamia notari qui de dolo malo & fraude suo nomine damnatus pactusve erit. Utrique Ulpianus *l. 4. §. ult. D. eod. tit.* recitans hanc Edicti partem, omitta fraude, saltem doli mali meminit : eo quod utroque verbo idem significari, arbitraretur. Sed hoc claret ex illo Augustini, *Exposit. in Euangel. Joann. tractat. 7. cap. 1. tom. 9. pag. 29. col. 1. in fin.* Dolus fraus est, simulatio est. Æque aut plenius ex hoc Ulpiani *l. 7. §. 10. D. de pactis* Si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil Prætor adjicit. Sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum esse, aut supervacuum : iniquum, si quod semel remissu creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere : supervacuum, si deceptus hoc fecerit : inest enim dolo & fraus. Igitur unde cœpit interpretatio, ibi desinet. dixi, Pauli sensum esse, Societatem coitam dolo malo, sive fraudis causa, sive fraudis consilio, ut est in *l. 1. C. de Edictis actionibus*, ipso jure esse nullius momenti, tantum addam, quod Paulus non distinguit doli fraudisve genera. simpliciter ait, Societatem quæ coita sit dolo malo aut fraudis causa, ipso jure esse nullius momenti, tum addit rationem æque simplicem, ea ratio est, quod fides bona est contraria fraudi & dolo, igitur quantum ad hunc Pauli locum pertinet : non est discrimen doli qui incidat in bonæ fidei contractum, & qui ei præbeat causam, nec magis distinguit dolum qui repugnet bonæ fidei & tamen generaliter definit, Societatem, si coita sit, dolo malo, ipso jure nullam esse : eo quod omnis dolus est contrarius bonæ fidei qua is contractus sustinetur.

Non minus clare Ulpianus *l. 16. §. 1. D. de minoribus*.

Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel (etiam) donationis causa, nullam esse societatem nec inter majores quidem : & ideo cessare partes Prætoris. Idem & Offilius respondit : satis enim ipso jure munitus est.

Proponitur minor in contrahenda societate esse circumscriptus dolo malo : nec additur, utrum is dolus dederit contractui causam, an inciderit in contractum, tantum dicitur, *Si minor circumscriptus societatem coierit*, nec oportet nos, ubi quæritur ejus facti jus, facere distinctionem : quæ neque in facto proponitur, neque vera est, alibi certe apud Veteres non extat. Est igitur (ut Ulpianus ait) relatum apud Labeonem, quod minor in coeunda societate fuit circumscriptus dolo malo. simul quæsitum est, an ei concedenda sit in integrum restitutio : ait Ulpianus, atque indistincte, negasse Labeonem, qua causa ? quia societas cui inhæret qualiscumque dolus malus, nulla est, id est, nullius momenti est, non modo cum minore, sed etiam cum majore, contracta, est igitur minor, cum a socio in contrahenda societate læsus est dolo malo, ipso jure, id est, Civili Jure, tutus sine discrimine : qui vero communi auxilio ac mero jure munitus est, ei nil opus in integrum restitutione : id est, extraordinario Prætoris auxilio *d. l. 16. pr.* Idem esse ait Ulpianus, si societas cum mi-

* In quibusdam libris, *Seva*, in Codice Gregoriano legitur, *Severa*.

† Apud Haloandrum, Ruffardum & Charondam desunt uncis inclusa verba, & Constantio iiii.

nore sit contracta donat: causa d. l. 16. §. 1. non enim sic recte contrahitur l. 5. §. 1. D. Pro socio. nam si agitur in perficienda societate, ut alter socius neque pecuniam conferat neque operam, alter & pecuniam & operam conferat, & nihilominus commune sit utriusque lucrum: contrahitur societas contra formam & naturam societatis: quæ (ut Livius ait lib. 8. c. 4.) est æquatio juris. Papi- nianus l. 63. D. eod. tit. dicit, eam in se quodam- modo habere jus fraternitatis: id est, ut ego inter- pretor, æstimari quadam juris & animorum æqua-

litate. eo sensu Quintilianus, Declam. 320. Sa- cra, inquit, res est unitas & quadam fraternitas ani- morum. consortes enim potest facere casus, ceterum quidem, cum duo homines omnes fortunas suas contu- lerunt, omnes casus miscuerunt, unum quoddam fa- ctum est. quid est iustius, quam compositum patrimo- nium habere conditionem unius societatis: hoc enim est unitas. vides ergo & damna & lucra com- munia esse debere, & nihil non æquum esse utri- que parti.

C A P U T VIII.

De forma coërcendi ipso jure doli mali in contractu bonæ fidei, si deceptus a deceptore conveniatur judicio bonæ fidei.

Sed nimis claret, bonæ fidei contractum, quali- cumque initum dolo malo, apud Veteres ipso jure nullum haberi. Hoc vero quid vult? quo spectat? nempe, ut qui deceptus est dolo malo, si in Foro Romano conveniatur actione bonæ fidei: nil necesse habeat, actori apud Prætorem in jure obji- cere doli mali exceptionem: sicut facere debent qui stricti juris contractu Juris subtilitate tenentur; & a Prætore demum per exceptionem adjuvantur. cum enim Prætor qui actionem & Judicem dat, si- mul judicii formulam concipit, jubeat, Judicem quem litigantibus addicit, in judicio bonæ fidei non simpliciter, si paret, condemnare; (ut in judi- ciis stricti juris fieri, supra dixi) sed jubeat, eum, si paret, condemnare ex fide bona: apparet, reum, etsi actori apud Prætorem in jure non objecerit do- li mali exceptionem; neque curaverit, eam a Præ- tore formulæ inferi: tamen actoris dolum malum apud Judicem post litem contestatam in judicio suo ordine allegare & probare posse: ita ut Judex eam defensionem in jure quidem omissam apud Prætorem, sed in judicio allegatam, probatamque admittere, & reum ex fide bona, tamquam ipso ju- re non obligatum, officio suo absolvere possit. Id indignant Veteres; cum ajunt, exceptiones bonæ fidei judiciis inesse l. 3. D. de rescindenda venditio- ne. l. 21. D. Solutio matrimonii. item, bonæ fidei ju- dicium in se continere doli mali exceptionem l. 84. §. 5. D. de legatis lib. 1. Hoc eo verius censeo: quia habeo auctores Paulum & Scævola, Veteres ea loquendi forma significare, quod in stricti juris ju- diciis obrinetur impetrata a Prætore doli excep- tione, in bonæ fidei judiciis, etsi nihil excipiat, satis per officium Judicis consuli. sic enim defi- niunt in l. 38. §. 1. ult. D. de petitione hereditatis: & recte: quia quod ipso jure fit, licet a litigato- ribus omittatur apud Prætorem, tamen si in judicio allegetur, adhuc Judicis officio suppleri, jus & usus patitur. Sed exceptiones quæ insunt bonæ fidei ju- diciis, & actiones ipso jure tollere, & exceptioni- bus opponi, pluribus Veterum testimoniis tradidi lib. 1. De jurisdictione & imperio c. 13. nunc con- tentus ero, unum attulisse ex Juliano l. 28. D. de actionibus empti, & venditi: cujus hæc sunt ver- ba.

Prædia mihi vendidisti; & convenit, ut aliquid fa- cerem: quod si non fecissem, pœnam promisi. Re- spondit, venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fue- rit, quantum pœna nomine stipulatus esset, agen- tem ex stipulatu doli mali exceptio submovebit.

si ex stipulatu pœnam consecutus fueris, ipso jure ex vendito agere non poteris: nisi in id, quod plu- ris ejus interfuerit, id fieri.

Species hæc est. Titius cum Sempronio venderet prædia, pactus est, & quidem in continenti; (sic enim accipio illud, & convenit) ut aliquid faceret Sempronius. quod si non faceret Sempronius, Ti- tius pœnam dari stipulatus est. Sempronius non fecit quod promisit. potest Titius, prout elegerit, uti actione ex stipulatu ad pœnam, vel actione ex vendito ad id quod ejus interest fieri quod convenit: altera propter interpositam stipulationem: al- tera ob pactum, in continenti adjectum contractui bonæ fidei: quod ei inesse. atque ejus actionem formare intelligitur l. 7. §. 5. D. de pactis. Hoc, quamdiu nihil consecutus est Titius. Sed pone: is una exegit actione quod ea debebatur: mox agit altera. an potest agere? in summa negat Ulpianus. & recte: quia non est verisimile, voluisse contra- hentes, Titium, ut bis idem acciperet, utraque uti actione. contra videntur hoc voluisse, ut Sempro- nius pœnæ metu saltem cogeretur facere quod pro- misit. fac tamen, Titium utraque experiri actione: quomodo se defendet Sempronius? Hæc jam quæ- stio hujus loci: atque ea pender ab usu Fori Roma- ni. in quo refert, utra agatur actione, nam si Ti- tius, postquam pœnam consecutus est ex stipulatu, deinde agat ex vendito ad id quod ejus interfuit, fieri quod promissum est: ait Julianus, cum ipso ju- re ex vendito agere non posse: nisi in id quod plu- ris ejus interfuerit, id fieri. causa Juliani est: quod agenti ex vendito, cum ex stipulatu pœnæ nomine accepit, quanti ejus interfuit fieri quod promif- sum est; bona fides resistit, agit enim dolo malo, bis idem petens. porro bonæ fidei judicio, quale est ex vendito, inest exceptio doli mali. non igitur dubium est, quin Titius, accepta pœna actione ex stipulatu quæ est stricti juris, si de- nuo agat actione ex vendito quæ est bonæ fidei, Judicis officio sine Prætoris opera ipsa Juris Ci- vilis auctoritate repellatur. sic, si Titius agat ex vendito; cum ante egit ex stipulatu. sed quid, si ex stipulatu agat, postquam ex vendito conse- cutus est quantum fuit pœnæ nomine stipulatus? non eadem est Juliani sententia. contra ait, eum jam non ipso jure, ut ante, sed doli mali exceptione, submoveri. qua causa? non alia, quam quod actioni stricti juris in hac specie non inest exceptio doli mali, sicut in superiore inerat actioni bonæ fidei. nec igitur nunc potest Sempronius officio Judicis ipso jure absolvi; sed

per

per exceptionem: id est, demum Prætoris facto, exceptione in iure opposita ante litem contestatam, & a Prætoris formulæ inserta. Quod si est, demonstratum est quod erat probandum, quemlibet dolum malum bonæ fidei contractum ex quo convenitur is qui circumscriptus est, ipso iure subverti: quia constat, ex quocumque dolo malo sine discrimine nasci exceptionem: eamque inesse bonæ fidei iudicio; & contractum ipso iure infirmare officio Judicis; nec Prætoris opera indigere.

Et tamen (quod unus atque egregie animadvertit Ulpianus l. 13. §. 27. & 28. D. de actionibus empti & venditi) si quis colludente meo procuratore, ab eo emerit, competit ei adversus me ex empto actio utilis. (sic opinor ex d. l. 13. §. 25.) ad quid? non ut venditionem traditione consummem, & de evictione caveam: minime; non enim valet illa

emptio, & talis demum obtinet empti formula, si valeat emptio l. 11. pr. §. 1. & 2. D. eod. tit. quid ergo est? hætenus dabitur ei adversus me actio, ut aut stem emptioni, aut ab eo recedam: id est, ut ego qui non teneor Jure Civili, stare emptioni qua sim læsus dolo malo, eligam: utrum malim contractui stare? an ab eo recedere ipso iure. Idem esse ait, si quis minorem annis quinque & viginti circumvenerit. Verba Ulpiani, quia notabilia sunt, apposui ex d. §. 27. & 28. ea verba sunt.

Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hætenus, ut aut stetur emptioni, aut discedatur. Sed & si quis minorem viginti quinque annis circumvenerit, & huic hætenus damus actionem ex empto, ut diximus in superiore casu.

* *

CAPUT IX.

Qua forma ipso iure castigetur dolus malus in iudicio bonæ fidei; cum deceptus ultro vult agere adversus deceptorem? exposita quedam Veterum jurisconsultorum loca aliter, ac factum hætenus a juris Interpretibus fama celebri.

Quæ superiore capite dixi, locum habent ex parte ejus qui deceptus dolo malo, actione bonæ fidei convenitur. Sed quid, si is ultro velit agere adversus deceptorem? convenit bonæ fidei, ut vel sic æstimeretur dolus malus: quem oportet semper a iudicio bonæ fidei abesse, ejus rei testimonium præbet Pomponius l. 6. §. 8. D. de actionibus empti & venditi, nec minus Ulpianus: imo is ait, sufficere bonæ fidei actionem, nec necessariam esse dolo actionem, l. 7. §. 3. & l. 9. D. de dolo malo. mitto Ciceronem lib. 3. De natura Deorum c. 30. qui bonæ fidei actiones simili consilio iudicia de mala fide appellat. proinde nil fecero alienum a ratione Juris Civilis: si concedam illi qui sit deceptus dolo ejus cum quo contraxit, adversus eum agere actione bonæ fidei: eaque, si velit, a contractu quasi invalido atque imperfecto, iudicis officio ipso iure discedere, id ut existimem, olim impulit me Ulpianus; neque adhuc defugiet auctoritatem: si eum audiamus l. 11. §. 5. D. de actionibus empti & venditi. Verba Ulpiani.

Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit: redhibitionem quidem ex hac causa non esse: verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, & pretio restituto mulier reddatur.

Sic Florentiæ. in aliis libris est: ut pretio restituto mulier reddatur, rectius. Ecce: Titius volebat emere servam, non qualem qualem, sed virginem. Sempronius ei pro virgine vendidit servam quam sciebat esse mulierem, id est, virum passam esse. sic enim usus accepit *Mulieris* vocabulum: etsi proprietas *Mulierem* a *Virgine* non distingueret. Tertullianus De virginibus velandis cap. 5. Sed quoniam ita mulieris nomen usurpant, ut non putent competere illud, nisi ei soli quæ virum passa sit, probari a nobis oportet proprietatem ejus vocabuli ad sexum ipsum, non ad gradum sexus pertinere, quo communiter etiam virginem censeantur. Ipse Ulpianus l. 7. §. 14. D. de Edilitio Edicto ait, *Mulierem ita arctam ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat.* Nec minus Ar-

nobius lib. 5. *Adversus gentes c. 25. Quodam, inquit, tempore, cum in Sicilia pratulis purpureos legeret nondum mulier flores, & adhuc virgo Proserpina.* Ad eundem modum Proculus apud Vopiscum, ejus vita. *Centum ex Sarmatia virgines cepi. Ex his una nocte decem inivi: omnes tamen, quod in me erat, mulieres intra dies xv. reddidi.* Occurrit igitur in proposito dolus, atque is qui contractui dedit causam. non enim fuerat contracturus Titius; si scivisset, ancillam quæ ei vendebatur, mulierem esse. contra dissimulavit Sempronius, vitiatam esse; ut Titius emeret quam absque hoc dolo fuisset, non fuisset empturus. ut ut se ea res habuit: duplex vertitur quæstio. una, an danda Titio illa ex causa sit ad redhibendum actio ex Edilitio Edicto. altera est, si hæc actio emptori non competat: an ei permittenda sit civilis ex empto actio? Quod ad priorem quæstionem attinet: negat Ulpianus, emptori ex Edilitio Edicto concedi actionem ad redhibendum. & recte: quia mulier, etsi virgo non sit, tamen nec vitiosa aut morbosa est. imo Ulpianus l. 14. §. 1. D. de Edilitio Edicto, Si, inquit, mulier prægnans venierit, inter omnes constat, sanam eam esse. Non igitur permittitur Titio ex Edilitio Edicto redhibitoria actio: quia id Edictum jussit quidem, eum qui mancipia vendit, certiore facere emptorem, quid morbi vitiive cuique sit: sed de stupro certiore facere emptorem non jussit l. 1. D. eod. tit. Tantum de priore quæstione. Altera est, an Titio competat civilis ex empto actio? quod magis esse, Ulpianus putat. scilicet, quia Sempronius ei pro virgine vendidit ancillam quam sciebat mulierem esse: cum intelligeret, eum non mulierem, sed virginem cupere: Sempronius certe vitiatam esse ancillam dissimulavit; & ut Ulpianus d. l. 11. §. 5. ait, sciens errare eum passus est. præclare autem Florentinus l. 43. §. 2. D. de contrahenda emptione, *Dolum malum*, inquit, a se abesse præstare venditor debet: & cum quæri possit ejus exemplum doli: esse ait in eo qui fallendi causa obscure loquitur; aut qui infidose

diose obscure dissimulat. Decepit igitur Sempronius Titium dolo malo contra bonam fidem quæ in emptione & venditione maxime exigitur: eritque, ut Ulpianus ait *d. l. 11. §. 5.* is in Foro exitus; ut Titio adversus Sempronium detur ex empto actio ad hoc, ut ea emptio resolvatur: id est, ut officio Judicis, ex fide bona cognoscentis, habeatur nulla ipso jure. ita enim hoc verbum in *l. 5. C. §. l. 3. D. de rescindenda venditione* accipitur: hic autem eo verius; quod ab Ulpiano dicitur emptori dari actio ex empto ad resolvendam emptionem: ita ut pretio ei restituto, mulier venditori restituatur. apparet igitur ex Ulpiani verbis, bonæ fidei contractum, admissio in contrahendo dolo malo, ipso jure esse nullum atque imperfectum; idque huc pertinere in Foro Romano: ut sicut doli exceptio, agente illo qui decepit, inest actioni bonæ fidei: sic actio de dolo, agente illo qui est deceptus, bonæ fidei actione continetur; & contractus non minus hac, quam illa via officio Judicis ipso jure infirmetur.

Non tamen hoc jus est: nisi velit is qui circumscriptus sit. nam si detectæ adquiescat fraudi: (ut apud Plinium *lib. 7. Natur. hist. c. 12.* Marcus Antonius Triumvir, a Toranio mangone deceptus circapueros qui gemelli dicebantur, cum non essent) cur non valeat contractus, concurrente utriusque consensu, & deceptoris & decepti?

At quid, si hic stare velit contractum: ille nolit? vel sic judicavero secundum contractum. ac movet me, quod ut nullus ob dolum malum sit bonæ fidei contractus, magis est in honorem decepti, quam deceptoris inductum. an enim Jus Civile faveat improbitati ejus qui non modo faciat dolo malo, sed ea insuper sit impudentia, ut non timeat, in judicio bonæ fidei suam ipse allegare turpitudinem? absit. ejus igitur causam instaurari, grave est *l. 30. C. de transactionibus.* aliud fuerit ex decepti parte: cui suo uti beneficio, si velit, jus est: si nolit, necessitas non est. optime Quintilianus, *Declam. 7. Omnium,* inquit, *beneficiorum ista natura est, ut non sit necessitas, sed potestas. quidquid in honorem alicujus inventum est, desinit privilegium vocari posse, si cogas. cuncta, si videtur, jura percurrere, nusquam adeo pro nobis sollicita lex, ut quod præstat extorqueat.* Possent hæc forte pluribus tradi: sed malo vitare fatietatem; ac jam in fine præcedentis capituli demonstravi ex *l. 13. §. 27. §. 28. D. de actionibus empti & venditi*, ab Ulpiano ipsi concedi deceptoris, adversus deceptum experiri actione ex empto hæcenus, ut eligat, utrum malit contractui stare, an ab eo recedere.

Illud dignum quæri, an is qui in contrahendo est deceptus dolo malo, possit actione bonæ fidei sine discrimine petere, dolum purgari, salvo contractu? pone, experiri: non ut totus dissolvatur contractus; sed quanto pluris aut minoris emisset aut vendidisset, si non intervenisset dolum malus. Non utar circuitione; aperte dicam, vel hoc pati bonam fidem, atque ab Ulpiano tradi *l. 13. §. 4. §. 5. D. de actionibus empti & venditi*: si sincere integreque a contagione cavillationis servetur. quod adeo non est factum ab Accursio, aliisque Interpretibus fama celebri, & præstante scientia: ut de Jurisprudencia pulchre videar meriturus, si de investiganda Ulpiani sententia serio cogitem. id agam; sed

primum exponam verba *d. §. 4.* ea verba sunt.

Si venditor dolo fecerit, ut (rem) pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut præstaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatu esset, vel eo artificio instructus.

Ut paulo clarius fiat Ulpiani ratio, pauca præmittam de Veterum more circa servorum venditionem. Qui venalem producebat servum, solebat in titulo quem (ut observat Scaliger, *Notis ad Propertium*) plerumque de servi collo suspendebat, ejus virtutes ac vitia enarrare. isque titulus ut scriptus sit, ita uti recte intelligi possit, *Ædilitio Edicto* fuisse cautum, auctor est A. Gellius, *Noct. Attic. lib. 4. c. 2.* ex eo vero more & jure Orbilius apud Suetonium, *De illustribus Grammaticis c. 4.* Apud majores ait, cum familia alicujus venalis produceretur, non temere quem literatum in titulo, sed literatorem inscribi solitum esse: quasi non perfectum literis, sed imbutum. Ne hoc quidem omitam, quod venditor, cum de peculii magnitudine aut artis genere & gradu quid affirmaret, sæpe inescabat emptorem alias non contracturum: plerumque venalem servum pluris aut minoris æstimabat. Livius *lib. 39. c. 6.* Tum coquus vilissimum antiquis mancipium & æstimatione & usu, in pretio esse, & quod ministerium fuerat, ars haberi cœpta. Plinius quoque *lib. 7. Natur. histor. c. 39.* Pretium hominis in servitio geniti maximum ad hanc diem (quod equidem compererim) fuerit Grammaticæ artis Daphnidis; Cn. Pisauensis vendente, & M. Scauro principe civitatis III. M. DCCC. sestertius licente. Excessere hoc nostro ævo, nec modice histriones, sed libertatem suam mercati. Quippe cum jam apud majores Roscius histrio H. S. quingenta annua meruisse dicatur. Cæterum ut æstimabat servum venditor ab his quæ in titulo dixerat, promiseratve; ita rationis erat, emptorem contra postulare, sibi præstari id sine quo aut non fuisset contracturus, aut non ita. nec tamen debebat id amare exigere: sed cum quodam temperamento. nam si simpliciter dixisset venditor, peculiatum esse servum: sufficiebat, vel minimum habere peculium *l. 18. §. 2. D. de Ædilitio Edicto*: aliter ac si certum quid affirmasset de prædiis, animalibus, mancipiis, mercibus, fœnebrei pecunia, aliis, quæ in peculio sæpe fuisse, testatur Imperator *§. 5. Inst. Quod cum eo qui in aliena potestate.* similiter si artificem promississet; non utique perfectum in arte præstare tenebatur, sed peritum ad aliquem modum *l. 19. §. 4. D. de Ædilitio Edicto.* quod si dixisset, optimum esse coquum, verbi gratia: tum optimum in eo artificio eum præstare oportebat: & ita in cæteris quoque obtinebat artificiorum generibus *d. l. 18. §. 1.* Hisce præmissis, venio nunc ad *d. §. 4. l. 13.* Species proponitur talis. Titius qui venalem producebat servum, est in titulo mentitus de servi peculio, aut artificio, dixit, exempli causa, eum in peculio habere certa mancipia, animalia, prædia, merces, pecuniam fœnebrem; aut dixit, esse coquum optimum, Grammaticum eruditissimum, pictorem pretiosum; eoque effecit mendacio, ut ipse quidem pluris venderet servum; Sempronius autem emeret, quem nisi spe peculii aut excellentia artis

artis plectus esset, vel non tanti, vel etiam omnino non emisset. non enim in facto hoc exprimitur: quia nihil refert. Inde cum servum neque ita peculiatum, neque eo artificio instructum esse, constaret: quæstionis fuit, quomodo succurrendum esset emptori: conquerenti, se a venditore in contrahendo ea machinatione esse circumventum? incidebat dubitatio circa actionem ex empto: nec tamen tam circa ipsam, quam circa ejus modum: quod aliquis restaret scrupulus; utrum ad hoc danda præcise esset ea actio, ut venditio dolo malo contracta, ex fide bona in totum resolveretur; an & sic, ut venditor emptori præstaret, quanto pluris esset servus, si ita peculiatum vel eo artificio instructus fuisset. Et placuit Ulpiano bonam fidem non adstringi ad unam ac simplicem agendi formam: sed varie ac solutius æquitatem sequi. pati enim, eum qui sit in contrahendo deceptus dolo malo, prout elegerit ex suo commodo, vel discedere a tota emptione quasi imperfecta; vel intendere, ut dolus, salvo contractu, emendetur. Hæc mihi videtur Ulpiani sententia. At enim non liquet in *d. §. 4. l. 13.* Id me urit prima facie: loquitur enim Ulpianus de actione ex empto quanti minoris; atque hanc emptori palam concedit; nec addit, licere quoque ei, si malit, a tota abire emptione. Sed me movet, quod hoc non negat Ulpianus; & interim in *d. l. 11. §. 5. D. de actionibus empti & venditi* posteriore utitur forma: sicut priore in *d. §. 4. l. 13.* Non omnia dixi: præterea habeo adminiculum meæ interpretationi fidele ac firmum; quod mecum sentit Julius Paulus, *lib. 2. Sentent. tit. 17. §. 6.* Is tractat non aliam, non similem, sed ipsam qua de agimus, Ulpiani speciem, ac prope ejus verbis, etiam utramque quam præ me tuli, agendi formam in ea ostendit sine hæsitatione. Pauli verba si quis inspicere volet, subjeci. *Si ut servum quis pluris venderet, de artificio ejus vel peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisse, emptori præstare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere.* Pauli sensus est, Emptori adversus venditorem qui sit de servi artificio, aut de ejus peculio mentitus, competere actionem ex empto, quanti minoris: nisi malit, (sic interpretor illud *nisi paratus sit*) nisi, inquam, malit emptor, eadem ex empto actione, redhibito servo, a tota emptione recedere. Ad hunc sane modum Gajus *l. 18. D. de Edictio Edicto*, Si quid, inquit, venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emptor queratur: aut redhibitorio, aut æstimatorio, id est, quanto minoris judicio agere potest. Nulla quidem hic mentio actionis ex empto: sed Ulpianus *l. 11. §. 3. D. de actionibus empti & venditi*, Redhibitionem quoque, inquit, contineri empti judicio, & Labeo & Sabinus putant, & nos probamus. Insuper memini legere apud Julianum in *l. 25. §. 1. D. de receptione rei judicate*, quod actio, Quanti minoris homo cum veniret fuerit, etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Exemi ex Ulpiano difficultatem, hætenus nimis molestam in *§. 4. d. l. 13. D. de actionibus empti & venditi*.

Sequens cura erit circa *§. 5. ejusdem capituli*. Verba hæc sunt.

Per contrarium quoque idem Julianus cum Terentius Victor decessisset, relicto herede fratre suo; & res quasdam ex hereditate & Instrumenta & mancipia Vellicus quidam subtraxisset: quibus subtractis facile quasi minimo

valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit: an venditi judicio teneri possit? Et ait Julianus, competere actionem ex vendito, quanto pluris hereditas valeret, si hæ (res) subtracta non fuissent.

Vellicus quidam, sic Florentiæ editur. in aliis libris est, *Vellicus*: sed magis placet *Vellicus*: (ut in *l. §. 2. §. 2. D. Pro socio*) quidam, inquam, Vellicus subtraxit ex Terentii Victoris hereditate quasdam res, atque etiam quasdam instrumenta, & mancipia: hoc consilio, ut defuncti fratrem, qui eam hereditatem non habebat venalem, his subtractis permoveret, ut eam quasi minimo valeret id est, quasi exigui admodum esset momenti, sibi facile venderet, ea calliditate ac fallacia circumscriptus defuncti frater, Vellico vendidit hereditatem quam alioquin non fuisset venditurus. intellecto deinde dolo qui dederat causam venditioni: quæritur, quemadmodum consulendum venditori sit adversus emptorem? duplex occurrit deliberatio: una de genere actionis: altera de ejus forma. prior inspectio quæ consistit circa genus actionis, quærit, utra venditori danda sit actio, de dolo, an ex vendito? illa inspectio est *l. 9. D. de dolo malo*: in qua ait Ulpianus, non esse de dolo actionem, sed ex vendito sufficere: sine dubio, quia ei inest de dolo actio, ob clausulam, Ex fide bona: sicut ob ipsam omnibus continetur bonæ fidei judiciis; ut supra dictum. altera quæstio est de forma qua exercenda sit illa ex vendito actio. atque ipsa est *d. §. 5. l. 13.* ait autem Ulpianus, Juliano videri, venditori adversus emptorem competere actionem ex vendito, quanto pluris valeret hereditas: si hæ res subtractæ non fuissent: id est, si non fuisset venditor eo dolo ab emptore ad contrahendum inductus. finit igitur Ulpianus, auctore Juliano, in bonæ fidei contractu, admissio in contrahendo dolo malo, a decepto agi sine discrimine: non modo ut dissolvatur contractus; sed etiam, ut dolus salvo contractu emendetur. Fugit te, inquires, ratio. est enim Accursii sententia, jam ab omnibus recepta qui se Jurisconsultos profitentur, hoc in themate non idcirco agi, quanto pluris hereditas valeret: quod is dolus dederat venditioni causam; sed quod in eam inciderat. Si tamen concedam tibi quod de doli genere dicis, etsi contrarium verius sit: nihil promovebis. falleris enim, cum existimas, posse venditorem apud Ulpianum *d. §. 5.* agere, quanto pluris valeret hereditas non subtractis rebus: nec præterea agere ei licere ad totius rescissionem contractus. non est ita: expecto, mihi ostendi verba quibus hoc significet Ulpianus. nulla enim exstant, interim audebo, eum vel hic accipere, quasi patiat, venditorem actione ex vendito non minus a toto contractu discedere; quam experiri, quanto pluris hereditas valeret, non subtractis rebus. Frontem contrahis: fat video. sed absolvit me Imp. Alexander *l. 4. C. de hereditate vel actione vendita*, verbis sequentibus.

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit: bonæ fidei judicio conveniri, ut res tradat, vel actiones mandet, non compellitur: (nam) suo quoque jure eorum persecutionem habet.

Quæ Alexandro offertur facti species, est eadem huic quam ex Juliano tractat Ulpianus *d. §. 5. l. 13.* proponitur enim heres qui non habebat venalem hereditatem, ad ejus

eius venditionem Titii fraude ac machinatione esse inductus, summa est: Titius ut heredem provocaret ad vendendam hereditatem qui heres de ea vendenda non cogitabat: affirmabat, exiguas esse hereditatis vires quas sciebat magnas esse. heres nondum certus de quantitate hereditatis, passus est, sibi a Titio quem virum bonum esse putabat, persuaderi; ut ei venderet hereditatem quasi exiguam quantitatem quæ erat insignis. postea animadverso dolo qui dederat venditioni causam: rogatur per Libellum Imp. Alexander a quodam Diogene ad quem rescriptum est; an heres possit bonæ fidei iudicio, id est, actione ex empto, ab emptore compelli, ei res tradere, vel actiones directas mandare? quærendi causa est, quod venditor hereditatis emptori ad has præstandas actione ex empto tenetur. Sed rescribit Alexander: quod, ut venditor actione ex empto cogatur ad præstandum id quod emptione continetur, esse oportet emptionem ex qua competat ex empto actio: nunc autem nulla atque inutilis est, tam manifesto emptoris dolo. compelli igitur ab emptore venditor iudicio bonæ fidei, id est, actione empti, ut res tradat, vel actiones man-

det, non potest. Sic Alexander: & addit in extrema Rescripti parte, Venditorem *suo quoque jure eorum persecutionem habere*. Quid hoc? si valeret ea qua de agitur hereditatis venditio, non modo parata emptori esset ex empto actio adversus venditorem, ut ei res traderet, vel directas actiones cederet, sicut dictum: sed suo quoque nomine haberet actiones utiles sine cessione l. 5. §. ult. C. eod. tit. ex Rescripto Divi Pii l. 16. D. de pactis: atque ita, ut venditori deinde directas exercenti, in utilibus modis omnibus præferretur l. 55. D. de procuratoribus. nunc autem quia nulla putatur emptio in qua ab initio fuit dolus malus: ait Alexander, venditorem suo jure habere eorum persecutionem: id est, habere integras atque efficaces actiones directas: non acquisitis emptori utilibus. Quod si est: apparet, esse in venditoris arbitrio, cum ab emptore in contrahendo est deceptus dolo malo; velitne, a toto contractu, tamquam nullo atque imperfecto, abire; an malit, eo salvo, agere, quanto pluri vendidisset hereditatem, si non fuisset dolo malo circumventus.

CAPUT X.

Posse eum qui est deceptus dolo malo, etiam experiri bonæ fidei iudicio ad id quod sua intersit, se deceptum non esse: quamvis nullo contractu.

Fere oblitus eram, quod si præterea intersit ejus qui sit deceptus, se non decipi dolo malo, nulla intercedit invidia Juris Civilis, quo minus ad hoc agat, quantumvis nullo contractu. nam vel hoc esse bonæ fidei consequens, manifestæ rationis est. finge: aliquis sciens ignoranti vendidit rem exemptam hominum commercio. est deceptus dolo malo emptor: sed venditor ei quod promissit, præstare nequit, impediente Civili Jure. non valet contractus: nec emptori competit ex empto actio, ut res tradatur: quod naturaliter ex empto actioni inest, perfecta emptione l. 11. pr. §. 2. D. de actionibus empti & venditi: sed si emptoris intersit, se non decipi; nihilominus convenit bonæ fidei, eum accipere, quod sua interfuit, ne deciperetur, eumque in finem ei ex empto actionem dari l. 62. §. 1. D. de contrahenda emptione, §. ult. Inst. de emptione & venditione.

Simile dicendum est, si quid a venditore traditum sit dolo emptoris, atque idem ab emptore restitui nequeat. pone, venditum esse servum emptoris dolo malo; eumque servum deinde ab emptore esse manumissum. non potest restitui manumissus servus. nec igitur potest venditor, quamvis maxime deceptus, intendere, ut restituto emptori pretio, servus sibi restituatur. quid ergo est? res in eum devenit locum, ut venditori danda sit adversus emptorem actio ex vendito ad id quod interest l. 9. §. ult. §. l. 11. D. de minoribus.

Similiter si mihi ignoranti vendideris rem alienam sciens: ait Africanus, me etiam prius, quam evincatur, utiliter ex empto acturum in id quanti mea intersit, meam esse factam. & præfatur Africanus, quod quamvis alioquin verum sit, venditorem teneri hætenus, ut rem emptori habere liceat; non etiam, ut ejus faciat; tamen quia dolum malum abesse præstare debet, oportet teneri eum qui

sciens ignoranti rem alienam, non suam vendidit. finge, manumissuro, vel pignori daturus, vendidisse l. 30. §. 1. D. de actionibus empti & venditi. Simili ratione ait Pomponius l. 6. §. ult. D. eod. tit. si venditor sciens vendiderit obligatum aut alienum; & adjectum sit, Neve eo nomine quid præstaret: oportere æstimari dolum malum ejus: quem in iudicio empti, quod bonæ fidei sit, semper abesse comporteat.

Ab eadem causa est quod refert Cicero lib. 3. De officiis verbis quidem compluribus, sed non indignis quæ adscribantur. Verba Ciceronis. *Ac de jure quidem prædiorum sancitum est apud nos jure Civili, ut in his vendendis vitia etiam dicerentur quæ nota essent venditori. Nam cum ex Duodecim Tabulis satis esset ea præstari quæ essent lingua nuncupata, quæ qui inficiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentia poena est constituta. Quidquid enim est in prædio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstari oportere: ut cum in arce augurium augures acturi essent, jussissentque T. Claudium Centimalum, qui ades in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis: Claudius proscripsit insulam, vendidit: emit Publius Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. itaque Calpurnius, cum demolitus esset, cognossetque Claudium ades postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri jussus, arbitrum illum adegit, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, hujus nostri Catonis pater. ut enim ceteri ex patribus, sic hic qui illud lumen progeniuit, ex filio est nominandus. is igitur iudex ita pronuntiavit: cum in vendendo rem eam scisset, & non pronuntiasset, emptori damnum præstari oportere.*

* *

CAPUT XI.

Paulum in l. 57. D. de contrahenda emptione esse conspurcatum temeritate hominis indocti qui induit personam Pauli §. 1. 2. & 3. idemque evenisse Papiniano in l. 58. D. eod. tit.

Non erravero a proposita materia : si hoc loco proferam verba l. 57. D. de contrahenda emptione : ut decoris ingeniis aliquam præbeam causam explorandi, an quid domi habeant, quo Paulo cujus ea verba esse vult Inscriptio, deinceps constet ratio civilis sapientiæ. me enim quod attinet, facile egregium illum Jurisconsultum libero socordia atque inertia : sed metuo, ne eum obfideant nugæ, nulla arte explicabiles. ac jam assentior Antonio Fabro, V. Cl. lib. 12. Conject. c. 17. & Rationalib. ad h. l. existimanti, pauca eo in Fragmento esse Pauli ; pleraque magis peregrinum ducere colorem. nec tamen Fabro meam addixi credulitatem. est enim, ubi eum sequar. est, ubi diversam tenebo viam ducere ratione : cui omnes qui se homines esse arbitrantur, parere æquum est. utcumque se ea res habeat : invitavit me Faber ad hujus examen Fragmenti : sicut ego aliis ut offeram ampliorem de eo meditandi materiam, sequentem instituo disputationem. verba hujus Fragmenti in d. l. 57. hæc sunt.

Domum emi, cum eam & ego & venditor combustam ignorarem. Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quamvis area maneat : pecuniamque solutam condici posse ajunt. † Sed si pars domus maneret, Neratius ait, hanc questionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat : ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem ; sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor, venditionem adimplere, æstimatione viri boni arbitrati habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur. §. 1. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit : si vero quantacumque pars ædificii remaneat, & stare venditionem, & venditorem emptori quod interest restituere. §. 2. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat. & hic enim oportet & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non despensum est, solvi : vel si solutum sit, non repeti. §. 3. Quod si uterque sciebat & emptor & venditor, domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse : dolo inter utramque partem compensando, & iudicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.

Thema hoc est. Titius Sempronio vendidit domum. ea domus combusta erat ante perfectam venditionem. neuter scivit, combustam esse. quaeritur, an valeat venditio ? negat Paulus ex auctoritate Nervæ, Sabini, ac Cassii : & causatur, quod combusta domo ante venditionem, nil erat quod veniret : sine re autem quæ vendatur, nulla venditio est. Poterat aliquis dicere, combusta domo

quæ venit, superesse aream, præcipuam ejus partem. Sed animadvertit Paulus, quod qui domum emit, non aream cogitat : sed domum areæ impositam. qua sublata per incendium, sicut non erat domus : ita nihil fuit quod veniret, etsi reliqua area : cum non area vendita sit, sed domus. fuit autem area pars domus, quamdiu erat domus. cæterum sublata domo, area deinde neque domus est, neque pars domus, quæ nulla exstat. quod si est : recte ait Paulus, nihil venisse : & ideo nullam esse venditionem. Non minus vere addit Paulus, quod his consequens est, pecuniam nondum solutam non posse exigere, deficiente ex contractu actione : solutam vero, tamquam indebitam, condici posse : eo quod sine causa soluta est. Hoc, si area mansit : combusta domo quam uterque tam venditor, quam emptor, combustam esse ignoravit. Quid, si non exusta sit domus tota : sed ejus pars ; eamque combustam esse, uterque similiter nesciverit ? ait Paulus, opinari Neratium, interesse, quoad hanc questionem, quanta domus pars incendio perierit. nam si amplior exusta sit ; adhuc nullam videri venditionem : quasi non fuerit domus quæ venderetur, sublata majore ejus parte, etsi minore reliqua : cum pleraque non minore, sed majore, parte censeantur. igitur hic quoque ait Paulus, non modo non compelli emptorem, emptionem perficere, sive emptionem consummare pretii numeratione, sed præterea, si quid solverit, repetere posse. Sic Paulus, si major domus pars incendio perierit. at si dimidia, aut minor, quam dimidia, sit exusta : contra ait, valere venditionem ; quia intelligitur exstare domus cujus dimidia pars, aut major, quam dimidia, exstat : & huic consequens esse ait, ut actione ex vendito possit coartari emptor, adimplere venditionem : id est, pretium quod pro domo promisit persolvere : non quidem in solidum ; (nam iniquum foret, solidum peti pretium, ubi non potest vicissim tradi solida domus) sed quod convenit actioni bonæ fidei, in qua libera Judici est potestas æstimandi ex æquo & bono, quantum auctori solvi debeat §. 30. Inst. de actionibus, officio Judicis minuetur pretium quatenus id propter incendium decrevisse vir bonus arbitrabitur. Hæc Pauli sententia : si uterque & emptor & venditor ignoraverit, combustam fuisse domum ante perfectam venditionem.

Sed quid, si id venditor sciverit, emptor ignoraverit ? Huc spectant verba §. 1. d. l. 57. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam stare venditionem, si tota domus ante venditionem exusta est : si vero quantacumque pars ædificii remaneat, & stare venditionem, & venditorem emptori quod interest restituere. At hic nihil Pauli, ubi nihil est sani coloris. itane ? num potest Pauli videri distinctio, utrum combusta sit domus tota, an ejus pars : modo si sciverit venditor, domum ante combustam esse in totum vel pro parte ? non potest. detur ex Nerarii sententia locus distinctioni, quanta domus pars incendio consumpta sit : cū res gesta

gesta est bona fide; tam venditore, quam emptore, incendium ignorante. at ea nimis absurda & diluta est: cum venditor scivit, eum casum, emptor ignoravit. an venditor, sciens domum quam vendit, combustam esse totam vel pro parte, umquam bona fide agit cum emptore apud quem id dissimulat? non dices: si sapias. quid igitur attinuit, ibi distinguere, utrum combusta esset domus tota, an pars? cum utrimque occurrat venditoris dolus: quo bonæ fidei contractus ipso jure rescinditur: auctore Paulo l. 3. §. 3. D. Pro socio. Sed quemadmodum in extricanda hac parte non servata est diligentia digna Paulo: ita vix concoquo, quod ubi ponitur quantacumque extare domus pars, parte exusta, & hoc scivisse venditor, porro subjicitur, *Stare venditionem, & venditorem emptori quod interest restituere.* quo enim modo potest stare venditio: si pars domus quantacumque, id est, aliqua saltem, et si minor, quam dimidia, extet? cum præsertim jam ex Neratio dictum sit, extante minore, quam dimidia, domus parte, perinde nullam videri venditionem, atque ubi tota domus incendio periit. æque non intelligo, quod ubi quantacumque superest domus pars, parte sublata; & hoc scivit venditor: dicitur, stare venditionem; & venditorem emptori quod interest restituere: nec additur, ipsum observari quoque; si combusta ante venditionem sit domus tota, & id sciverit venditor. ut enim concedam, nullam esse domus venditionem, sicut est nulla, cum ante contractus perfectionem incendio est consumpta domus tota, & hoc scivit venditor, emptor ignoravit: non potest tamen emptori cujus interfit, se non decipi, ob id quod nulla sit venditio, adversus venditorem a quo deceptus est, negari ex empto actio qua consequatur quod ejus interfit, se non decipi: ut in antecessum demonstratum est. Non igitur consentit cum ratione juris tenor §. 1. d. l. 57.

Nec magis sequitur ex §. 2. ejusdem loci. *Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat. & hic enim oportet & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est solvi: vel si solutum sit, non repeti.* Sic Saulus. Imo sub ejus persona homo alius, quisquis est, imprudens juris; si volumus, sincerum facere judicium, neglecta ambitione tuendi cuncta in Veterum scriptis. quantumvis vana atque inepta. quo enim non dicam argumento, sed quo colore vult, venditori ideo, quod ignoravit, domum ante perfectam venditionem esse combustam, adversus emptorem qui id scivit, dari actionem qua omne consequatur pretium? an quis nescit, venditionem non minus ex merce, quam ex pretio, consistere? nec agi emendo vendendoque, ut aut merx aut pretium jactetur: sed ut mercis utilitas cum pretii utilitate permutetur? Non igitur potuit dici, salvo jure, ubi sciebat emptor, domum quam emebat, ante combustam esse, & hoc ignorabat venditor, oportere & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum sit, solvi. sit nulla emptio; absolvat venditorem dolus emptoris qui scivit casum incendii; sed non fert civilis aut naturalis ratio, ut venditor ab emptore petat pretium venditæ domus; cum scit, se non habere domum quam ei contra offerat: resistente bona fide & æqualitate permutationis ad quam pergit substantia emptionis & venditionis. Non opus verbis, ipse sic Paulus l. 34. §. 3. D. de contrahenda emptione: nisi aliud vult, cum vendi-

ta re furtiva, Si, inquit, emptor solus scit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, præstet. Non igitur accedam sententiæ ejus qui in d. l. 57. §. 2. sub Pauli nomine permittit venditori actionem qua consequatur pretium ab emptore qui scivit, combustam esse domum ante quam ei venderetur. cum præsertim ipse Paulus a tali abhorreat sententia d. l. 34. §. 3. Facilius assentiar existimanti d. l. 57. §. 2. non esse venditori denegandam pretii retentionem, si quod ultro ei solverit emptor: quia qui sciens solvit quod non debet, id donasse videtur: & ideo nullam habet dati repetitionem l. 1. §. 1. libr. 26. §. 3. D. de conditione indebiti. Satis de pr. §. 1. & 2. lib. 57. D. de contrahenda emptione.

Superest, ut examinem verba §. 3. ea verba sunt. *Quod si uterque sciebat & emptor & venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse: dolo inter utramque partem compensando; & judicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.* Nihil hic dicam de scriptoris sermone fluente nimis inepte. ipse enim se ostendit, & quemcumque alium potius, quam Paulum, id est, virum scribendi peritum repræsentat. Non intercedam quoque; quo minus dicatur, nihil actum fuisse: cum uterque & emptor & venditor sciret, domum totam quæ vendebatur, esse exustam. primum enim non potuit, ubi non erat quod veniret, perfici venditio: deinde, cum uterque scivit, non esse domum quæ vendebatur, perinde habenda res est, ac si neuter deceptus esset. convenit enim officio Judicis in bonæ fidei judicio, ut dolus qui ab utraque parte venit, ab utraque parte negligatur. Illud me moratur, quod additur quasi ex Pauli sententia, exusta domus parte, parte extante, æque nihil actum esse, ac cum exusta est domus tota. ait enim, ut dixi, Paulus in principio d. l. 57. extante domus parte, utique dimidia, aut majore, extare venditam domum; & consistere venditionem; ac coarctandum esse emptorem, implere emptionem. qua igitur spe subjicitur in §. 3. d. l. 57. quasi ex Pauli sententia, exusta domus parte, parte reliqua, nihil actum esse? putet aliquis, referre, quod in prima legis parte neuter contrahentium, in postrema uterque sciebat, domum ex parte combustam esse. sed ea differentia nihil mutat perfectionem contractus qua de agitur: quia sufficit, quod sicut in legis principio ob utriusque ignorantiam, sic in fine propter utriusque scientiam, neuter læsus est dolo malo: ac proinde sicut in principio dixit Paulus, valere domus venditionem, cum dimidia ejus pars aut major extat tempore venditionis: sic in fine dicendum fuit, stare venditionem domus, cujus pars dimidia aut major tempore venditionis remansit. Etsi deliberari possit, an propter emptoris scientiam hic arbitrio Judicis sic minuendum sit pretium; sicut illic propter ignorantiam quod nunc non excutio.

Adscribam potius Papiniani verba ex l. 58. D. de contrahenda emptione: in qua infelix ille interpolator, quisquis fuit, qui Paulum in d. l. 57. tam fœde commaculavit, æque aut magis se sua prodit ineptia. verba Papiniani.

Arboribus quoque vento dejectis, vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti olivetis) fundus comparabatur: sive sciente, sive ignorante venditore, sive autem emptor sciebat.

bat, vel ignorabat, vel uterque eorum, hac obtinent, quæ in superioribus casibus pro adibus dicta sunt.

Sic editur locus. at cui sit verisimile, esse hanc Papiniani confectionem, *Arboribus quoque vento dejectis?* quod si quis persuadere sibi possit: sequentia certe Papiniani esse, non dicet, *Sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, hac obtinent, quæ in superioribus casibus pro adibus dicta sunt.* Nisi potuit Papinianus, scribens librum x. *Quæstionum* ex quo est illa lex, conicere, fore aliquan-

do, ut Paulus libro v. *Ad Plautium* ex quo desumpta est *d. l. 57.* omnes illos casus circa venditionem combustarum ædium definiret; & Imperator Justinianus hoc ejus Fragmentum ex *d. lib. x.* exceptum, Pauli disputationi in *Pandectis*, post tantum temporis spatium, hoc loco subiceret. Sed vanitas humanæ conditionis, etsi frequens sit & magna, non tamen ad sui ipsius illusionem adeo desipere potest.

CAPUT XII.

Actionem quæ datur pro emendatione doli mali in contractibus bonæ fidei, ab Africano & Ulpiano dici utilem. Modestinus explicitus difficillimo loco qui est in l. 22. D. de pignoribus & hypothecis Fugitivam esse l. 41. D. de pigneratitia actione; & quo pacto ea extricanda videatur. Sensus Papiniani l. 1. D. de pignoribus & hypothecis. Impp. quoque Diocletiani & Maximiani l. 5. C. Si aliena res pignori. Fragmentum Gaji quod est in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, sub illo Titulo male positum esse ab Architectis Juris. debuisse poni sub Titulo Digestorum, De pigneratitia actione: & quis sit verus Gaji sensus.

Possem hic facere finem demonstrandæ meæ sententiæ, est enim certa & clara. nisi vereretur; ne cui absurdum videretur, quod dixi, non valere bonæ fidei contractum in quo sit dolus malus, & nihilominus actionem ex eo nasci. unde enim actio, nisi ex obligatione? unde obligatio, nisi ex contractu? denique quis sapiens effectum sine causa animo suo concepit? quod si obligatio & actio est perfecti effectus contractus: qui potest ex nullo atque imperfecto contractu, qualis est in cuius ingressu notatur dolus malus, obligatio & actio nasci? Sed videamus, ne ea difficultas nihil efficiat. non enim abhorret ab usu Juris, nullum atque inutilem esse bonæ fidei contractum, & tamen actionem producere. non postulo, mihi credi: sit fides Modestino. is in *l. 62. §. 1. D. de contrahenda emptione*, Qui inquit, *nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur* At enim ratio non finit, esse effectum sine causa ex qua nascatur. Non hoc præterit Modestinum, neque alios Veteres Jurisconsultos, contra illi, quia intelligunt, non valere bonæ fidei contractum, in quo ab initio sit dolus malus, facile concedunt, eum non contineri actione quæ solet dari, perfecto & valido contractu: utique invito eo qui deceptus sit: ut supra dixi. sed nihilominus, si ejus interfuit agere ob dolum malum, quod suadet bona fides, rem perinde accipiunt, ac si valeat contractus *l. 4. D. de contrahenda emptione*. ita nec causam habent, ne patiantur, emptorem, verbi gratia, aut venditorem, aut creditorem, ad emendandum ex bona fide dolum malum agere utiliter ex empto, aut vendito, aut contraria pigneratitia actione. Sic Africanus *l. 30. §. 1. D. de actionibus empti & venditi*: & , nisi fallor, dicit, *utiliter ex empto agi*, pro utili ex empto actione agi: qua loquendi forma & Justinianus utitur *l. ult. C. de hereditate vel actione vendita*. Sed quid opus disputatione? clare illa actio qua de agimus, actio

utilis vocatur ab Ulpiano *l. 9. §. ult. & l. 11. D. de minoribus*.

Amplius a Modestino *l. 22. D. de pignoribus & hypothecis*, verba Modestini, quia continent elegantem definitionem, minime tamen perspicuam, apposui, ut explicem. ea verba sunt.

Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.

Hanc solam speciem ex Modestino repræsentant Juris Architecti. sed mihi persuadet loci Inscriptio, quæ Inscriptio est, *Modestinus lib. vii. Differentiarum*, Modestinum præterea tractasse aliam, ex qua hæc præsens profluxit: & utriusque differentiam prope eo executum modo quo a Paulo factum est in *l. 41. D. de pigneratitia actione*: nisi quod longius, quam Paulus perrexit. utile igitur erit, utramque examinare speciem: initio facta ab hac quam ex Modestino non describere Juris Architecti. Ea species est. Titius creditori suo pignori obligavit rem alienam, quam pignori obligare non poterat. is Titius factus est ejus rei dominus: sive quod domini heres fuit: sive quod eam rem a domino accepit ex causa emptionis, aut simili alia. Hæc species, ex hac quæritur: an rei alienæ pignus ex eo convalescat, quod Titius factus est pignoris dominus? Duplex inspectio est: una de Edicti verbis: altera de ejus sententia. Quod ad priorem attinet quæ circa verba consumitur: sic rescribunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 5. C. Si aliena res pignori data sit. Cum res quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est*. Imperatores vocant ordinariam actionem quæ venit ex verbis Edicti quo ea actio proposita est: etsi ad exemplum veræ & directæ Servianæ. negant autem, eam actionem creditori in proposita specie super pignore competere: quia hanc Prætor demum ei promisit, cui res obli-

gata sit ab eo cuius illa in bonis erat, cum de pignore conveniretur *l. 6. C. cod. tit. l. 15. §. 1. D. de pignoribus* quod in hac specie non est. Sic de ordinaria actione ex Edicti verbis. Quid de utili ex ejus sententia? porro ajunt Imperatores in *d. l. 5. Sed tamen equitatem facere, ut facile utilis persecutio de-* *tur.* Sic illi; non quidem simpliciter; sed cum hac adjectione, *exemplo pigneratitia.* ea vero adjectio vult: ut si res aliena pignori obligata sit a non domino cui dominium postea supervenerit: intersit, utrum scienti obligata sit, an ignorant: ac si scienti sit obligata, cesset utilis Serviana actio: sin ignorant, ea locum habeat: suadente æquitate, utilem actionem creditori dari, ut Imperatores ajunt, ad exemplum pigneratitiæ actionis: in qua talem observari distinctionem, Paulus auctor est *l. 16. §. 1. D. de pigneratitia actione.* ait certe, aliena re pignori data, creditori adversus debitorem ad hoc dari contrariam actionem pigneratitiam: ut pro re aliena, quam creditori pignori dedit, ei aliam sui juris pignori tradat, nec tamen sic indistincte censet Paulus: sed si aliena res, tamquam propria, ignorant: creditori pignori data sit quod si scienti aliena res sit pignori tradita: magis esse Paulus ait, ut ei contraria danda non sit, optima distinctione. non enim patitur bona fides qua regitur pigneratitia actio, ignorantem creditorem alienæ rei pignoratione circumveniri: sive scivit debitor, alienam esse: sive ignoravit; si modo ignorant eam, tamquam suam, pignori tradidit; nec erat ejus, justissime igitur hoc debitoris mendacium officio Judicis contraria actione ex fide bona corrigitur. quod si scivit creditor, alienam esse rem quæ ei pignori data sit: aliter dicendum est. non enim tum debitor eum decepit adversus bonam fidem: magis ipse se decepit, ita quod est debitoris mendacium, quod possit creditor contraria actione accusare? sed neque convenit bonæ fidei, debitorem cogi, ut pro aliena re qua contentus creditor fuit tempore dari pignoris, aliam sui juris substituat. igitur ut absolvamus *d. l. 5.* ubi ajunt Diocletianus & Maximianus, æquitatem facere, ut domino facto qui alienam rem pignori obligavit, creditori facile utilis Serviana detur ad exemplum pigneratitiæ: quid reliquum est; nisi, ut putemus, eos ignorant eam dare; scienti non dare: eo quod altera in specie est causa, cur Edicti rigor aliqua benignitate attemperetur: in altera non est?

Atque huc pergit Papinianus *l. 1. D. de pignoribus & hypothecis:* cum, *In speciem,* inquit, *aliena rei collata conventionem, si non fuit ei qui pignus dabat debitor, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilius erit possidenti retentio.* Sensus Papiniani est, Si aliena res ab eo cui debita non sit, specialiter obligetur, & dominium ei superveniat: interesse, utrum ignorant: creditori obligata sit, an scienti: priore enim casu creditori utilem Servianam actionem dari: posteriore non dari; licet possidenti, si a debitore conveniatur, retentio per exceptionem doli mali deneganda non sit. At enim non negat Papinianus, utilem actionem scienti dari, ait, scienti difficilius dari. id vero significat, scienti æque dari atque ignorant: huic tamen facilius, illi difficilius. Sed apage cavillationem inveniunt atque inconditam, an quis fando audit, licere Prætori, cum in jure postulatur, facilem esse aut difficilem? nugæ, quod legibus aut moribus conceditur, petenti sine mora, quod prohibetur, numquam, ne instantur quidem & sapius roganti, indulgere eum oportet.

absit igitur, ut sapienti ac principi Jurisconsulto assignamus sententiam, a ratione & jure tam longe remotam. melius eum, cum ait, scienti difficilius dari utilem actionem, sic accipiemus, ac si dicat, eam scienti non dari: modesto & decoro loquendi genere. quo & Ulpianum apparet uti in his verbis *l. 38. §. 4. D. de Edictio Edicto, fumentorum appellatione an omne pecus contineatur, videamus? & difficile est, ut contineatur. nam aliud significant jumenta, aliud significatur pecoris appellatione.* Ulpianus ait, *difficile esse, ut contineatur, quod negat contineri.* Simili verecundia in *l. 23. D. Pro socio, Puto,* inquit, *omni modo eum teneri ejus nomine quem ipse solus admisit: quia difficile est negare, culpa ipsius admissum.* Ulpianus ait, *difficile esse negare, quod non vult negari.* Pari modestia Imp. Diocletianus & Maximianus *l. 6. C. de actionibus empti & venditi* scribunt. *Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.* Diocletiano & Maximiano *Non facile competit* est, non competit: ut apparet ex *l. 12. C. de rei vindicatione.* Possem plura adferre ejus locutionis exempla: nisi illa sufficerent. nec tamen mihi permitto; ne adjiciam Papinianum de cuius sententia laboramus. igitur Papinianus *l. 8. D. de collatione bonorum* eodem prorsus pudore, *Benignior,* inquit, *est diversa sententia: maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur, quem tamen facilius admittendum existimo, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat. nam post annum quam delatæ esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, difficilius est.* Habemus Papiniani sensum.

Nec resistit Paulus *l. 41. D. de pigneratitia actione,* verbis sequentibus. *Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse cœpisti: datur utilis actio pigneratitia creditori.* Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. Tractatur a Paulo duplex casus, uterque ordine explicandus, ante omnia autem observandum, quam Paulus vocat utilem pigneratitiam actionem, esse utilem hypothecariam. aliter ac visum Juris nostri Architectis: qui lapsi errore pigneratitiæ actionis, eum Pauli locum sub Titulo, *De pigneratitia actione,* in quo de pigneratitia in personam agitur, collocarunt: cum debuissent eum ponere sub Titulo, *De pignoribus & hypothecis:* in quo (quod Justinianus refert *l. omnem §. 4. De conceptione Digestorum*) explicatur hypothecaria formula: quæ in rem est, ac pignoris persecutionem continet *l. 17. D. de pignoribus:* plenius pigneratitia in rem *l. 7. §. 12. D. Communi dividundo,* aut pigneratitia Serviana *l. 3. §. 3. D. Ad exhibendum* appellatur. Hanc sane a Paulo designari *d. l. 41.* quis verius ipso probet Paulo? atqui is ea in lege se illam intelligere utilem pigneratitiam quæ ad pignoris persecutionem spectet, manifeste scribit. Hoc primum monendum fuit. Porro subjiciam, quod Paulus, cum ait, *Rem alienam pignori dedisti: deinde dominus rei ejus esse cœpisti: datur utilis actio creditori:* non hac mente esse existimandus est, quasi indefinita illa loquendi forma velit, quod primo ad spectu videtur, hanc actionem creditori dari simpliciter ac semper: sed quasi scribat, eam creditori aliquan-

aliquando dari, aliquando non dari : proinde dari, sed non semper. Sunt tales indefinitæ locutiones frequentes apud Veteres, & sæpe molestæ, non dicam vulgo, sed Interpretibus eruditissimis, ideoque temperate & prudenter accipiendæ. De his ita præclare Apulejus lib. 3. *De Philosophia. Universales sunt ; ut omne spirans vivit : aliæ particulares ; ut quadam animalia non spirant : aliæ indefinitæ ; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet : quia tutius est id ex incerto accipere, quod minus est.* Secundum hoc in præsentī datur, apud Paulum est, dari potest. quo modo Ulpianus l. 13. §. ult. *D. de his qui notantur infamia, Crimen, inquit, stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium.* nectamen indicat, quod stellionatus infamiam damnato semper irrogat : (id enim non ita esse, idem Ulpianus ait l. 2. *D. de stellionatu*) sed hoc vult, quod stellionatus eo quod non est publicum iudicium, non impeditur, quo minus aliquando possit damnato infamiam irrogare : sive, quod stellionatus, etsi non sit publicum iudicium ex quo infamia damnatum semper sequitur, tamen potest damnato infamiam irrogare. Simili igitur modo Paulus d. l. 41. cum, *Rem, inquit, alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cœpisti : datur utilis actio creditori :* non significat, eam actionem creditori dari semper atque indistincte : sed posse dari aliquando : ut, si is sit exitus conventionis de pignore, ut aliena res improbe sit creditori obligata per mendacium. quod demum fit : si cum ignorante creditore de pignore sit conventum a non domino, qui deinde dominus factus, ideo non patiatur, a creditore moveri utilem hypothecariam actionem : quia negat, pignus, cum de eo conveniret, suis in bonis fuisse. apparet enim, eum, cum de pignore conveniret, ignoranti rem alienam pro sua obligasse ; nunc vero mendacii argui a creditore. ita non patitur ratio, ut eā improbitas, etsi Edicti verbis non coercetur, tamen ejus mente adjuvetur.

Exposui priorem Pauli speciem, quam ex Modestino in d. l. 22. *D. de pignoribus* non posuere Juris nostri Architecti, venio ad alteram, quam ex eo describere illa in lege. Ea species est. Titius rem meam, me ignorante, creditori suo pignori obligavit. deinde moritur Titius : me relicto herede. Quæritur, an hoc modo pignoris persecutio quæ (ut dixi) est utilis pignoratitia in rem actio, concedenda sit creditori ? quæstio hinc pendet, an pignus quod ab initio non valuit, quia alienæ rei erat, exinde ex quo ego cujus in bonis est, Titio heres factus sum, directo, id est, sine novo facto, sive sine nova conventionē, ipso denique jure, convalescat ? sic enim apud Modestinum sonat id verbum, *directo* ; ut in l. 12. §. 11. *D. Mandati. §. 2. Inst. de codicillis. §. 2. Inst. de singulis rebus per fideicommissum relictis.* Negat autem Modestinus, hoc pignus directo, id est, ut dixi, sua sponte, sine nova conventionē, ipso jure, convalescere. recte igitur Paulus in d. l. 41. *Hoc, inquit, modo pignoris persecutio concedenda non est creditori.* quam ob causam ? quia ego qui sum pignoris dominus, de pignore non conveni : Titius autem qui de pignore convenit, ejus dominus non fuit. Atqui ego, postquam debitori Titio qui de pignore convenit, heres factus sum, eum repræsentō : nec minus pignoris dominus sum, quam debitor ; pariter ut in priore specie. Interest tamen, quod in priore illa ipse dominus de pignore convenit : in hac posteriore non ipse de eo convenit ; sed debitori qui conve-

nit, successit : & quod animadvertit Paulus d. l. 41, non sufficit ad competendam utilem pignoratitiam sive utilem hypothecariam actionem, eundem & pecuniæ debitorem, & pignoris dominum esse : at necesse est, ut qui de pignore cum ignorante creditore convenerit, is deinde ejus dominus effectus sit. Ingeniose Paulus & docte ! non enim debitum, neque dominium, est causa utilis hypothecariæ actionis : sed conventio cum creditore de pignore facta ab eo qui nunc ejus dominus est, licet ab initio non fuerit. putat nimirum Paulus d. l. 41, utilem Servianam actionem pertinere ad curam æquitatis : quo casu fit, ut mendacii arguatur ipse qui rem alienam quasi propriam ignoranti obligavit ; & dominus factus, improbere resistit, quo minus ex sua conventionē utili ea actione teneatur. hoc in priore evenire specie : at nil tale fieri in posteriore in qua ego exitero heres Titio qui rem meam sine mea voluntate creditori suo obligaverit. ut enim hic debitor sim & pignoris dominus, pariter ut in priore specie : quod tamen debeo, non meo debeo nomine, sed Titii cujus heres sum. rei autem pignoratæ non Titii successionē, verum meo jure, dominus sum. accedit, quod non ego qui poteram de re mea pacisci, pactus sum, ut ea creditori pignori esset : sed Titius cui non erat jus de re mea pacisci, quare si summam subducimus : non potuit creditori in proposito utilis hypothecaria actio dari, vivo Titio : quia Titius, quamquam cum eo de rei meæ pignore convenit, numquam ejus dominus fuit. nec magis potest creditori ea actio dari post Titii mortem : quia etsi Titio successerim ego qui sum pignoris dominus : quæ tamen mea cum creditore intervenit de pignore conventio ? nulla. proinde si post Titii mortem creditor agat ac vindicet, suum esse pignus, quod ei ignoranti a Titio cujus heres sum, obligatum sit : optimo jure ei occurrā exceptione, Extra quam si ea res in bonis Titii numquam fuit. ac si replicet, esse se ignorantem Titii mendacio circumventum ; in eoque me qui Titii heres sum, adjuvari adversus se jure judicioque, ipsam fidem atque æquitatem prohibere : negabo, esse causam improbitatis accusandi me : qui de rei meæ pignore cum eo numquam conveni ; sed neque Titio, ut id faceret, umquam auctor fui, quod si est : apparet, quamdiu vixit Titius, ex ejus conventionē non fuisse rei meæ pignus ; neque tum obtinuisse utilem hypothecariam actionem : postquam autem mortuus est Titius, egoque ei heres successi, neque cœpisse valere pignus, neque inde adversus me esse natam hypothecariam actionem : quia ratio non finit, heredem ex persona defuncti quem repræsentat, alio uti jure quam apud defunctum fuit. Sic Modestinus in d. l. 22. ac convenienter his quæ differunt Paulus in d. l. 41. Nisi differentia est, quod Paulus substitit ad hunc quem dixi, finem : Modestinus non substitit, non enim contentus fuit, dixisse in d. l. 22. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit.* præterea adjecit, *Sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* ea porro utilis pignoratitia Modestino non est utilis hypothecaria, seu utilis pignoratitia Serviana actio quæ rem persequitur : (quo sensu in d. l. 41. accipi eam monui) sed est contraria pignoratitia in personam : & ideo sic exaudienda est hæc Modestini clausula, *Sed utilis pignoratitia contraria dabitur creditori :* quasi

significet, contrariam pigneratitiam creditori adversus heredem dari. ad quid? ut pignus cuius dominus est, & quod a Titio male constitutum est, nova conventionem confirmet. nempe, etsi alienæ rei pignus directo, id est, ut dixi, ipso jure, sua sponte, sine novo facto, novaque conventionem, non convalescat eo, quod pignoris dominus debitori qui id pignus constituit, heres sit; sic ut creditori utilis hypothecaria actio in rem competat: debitor tamen, quia commercium fuit inter eum & creditorem, si alienam rem pignori det, creditori sua conventionem obligatur contrario pigneratitio iudicio *l. 9. D. de pigneratitia actione*: & vicissim adversus creditorem, soluta pecunia, potest directa pigneratitia actione experiri *l. 9. §. 3. D. eod. tit.* proinde si non ad pigneratitiam Servianam quæ in rem est, sed ad pigneratitiam in personam, respicimus; quid impedimento est? quo minus res aliena recte pignori dari videatur? sicut aliena res dicitur distrahi posse *l. 28. D. de contrahenda emptione*: non quod aliena res, facta a non domino venditione, alienari videtur: sed quod commercium est inter emptorem & venditorem; & hic perfecta rei alienæ venditione, si eam non tradat, emptori tenetur actione ex empto ad id quod ejus inter sit, eam sibi traditam esse. Atque hanc ego esse Gaji sententiam conjicio; licet aliter ab eruditis Interpretibus accipiatur: cum *in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis* emptionem venditionemque cum pignoratione comparans, *Quod, inquit, emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* Et ideo mihi summo: ut putem, id Gaji Fragmentum non ad actionem quasi Servianam quæ ex jure in re proficiscitur, atque in rem est, & adversus qualemcumque possessorem datur, pertinere: sed ad actionem

pigneratitiam; quæ subnixæ est jure obligationis inter debitorem & creditorem contractæ; nec adversus qualemcumque pignoris possessorem datur; sed tantum inter debitorem & creditorem, qui rem pignori dedit accepitve, competit. Postremo opinor, insignem esse errorem Architectorum Juris qui hoc Gaji Fragmentum sub Titulo, *De pignoribus & hypothecis*, collocavere: cum non sub eo Titulo sub quo falsa ejus definitio est, sed sub Titulo, *De pigneratitia actione*, sub quo verissima est, poni deberet. Id docuit me ipsius Inscriptio loci, quæ Inscriptio habet, *Gajus lib. 9. Ad Edictum Provinciale*: in quo eum actionem pigneratitiam, quæ in personam est, explicuisse, ex *l. 10. & l. 12. D. de pigneratitia actione* manifestum est. Sed hoc non ita pridem ostendi *lib. 1. Observ. c. 7.* Igitur redeo ad Modestinum: apparet enim, debitorem, si ignoranti creditori alienam rem pignori dedit, ei contraria pigneratitia teneri: ac si moriatur; nihil causæ esse, quo minus ejus heres, qui eum repræsentat, ejusque factum præstare debet, similiter contraria pigneratitia actione teneatur. Cæterum est illa contraria actio (quod observat Modestinus *d. l. 22.*) utilis pigneratitia. nam ad subtilitatem attendentibus, non potest valere bonæ fidei contractus, qualis est pigneratitius, in quo dolus malus, alienæ rei oppugnatione ignoranti facta, admissus est. Quamquam quia interfuit creditoris, se non decipi, res perinde accipitur bonæ fidei interpretatione, ac si valeret contractus; placetque, ad expungendum dolum malum non meram, (sed quod Modestinus indicat *d. l. 22.*) utilem contrariam pigneratitiam actionem creditori dari adversus debitorem, ejusque heredem.

CAPUT XIII.

Impp. Diocletianus & Maximianus expliciti l. 4. C. de obligationibus & actionibus. fugitivam Jacobo Cujacio videri l. 1. C. de dolo malo; in eaque actionem de dolo dici quæ est actio mandati. Dolum malum, si in bonæ fidei contractu sit admissus non ab eo cum quo contractum est, sed a tertio, non vindicari actione bonæ fidei, sed actione de dolo. Ulpianus expositus l. 2. D. de proxenetis, & l. 18. §. 3. D. de dolo malo.

Sed ut ex diverticulo revertar in viam a qua me longius, quam putavi, abduxerat rei curiosæ, nec satis observatæ contemplatio: tandem liquet, Imperatores, Diocletianum & Maximianum, cui-dam Licinio ita optime rescripsisse *l. 4. C. de obligationibus & actionibus.*

Bonam fidem in contractibus considerari, æquum est.

Est vero ejus Rescripti sensus, Æquum videri, bonam fidem in omnibus contractibus sine discrimine adhiberi: quamquam in bonæ fidei contractibus Jure Civili; in stricti juris contractibus jure Prætorio: quapropter bonæ fidei contractum in quo ab initio non bona fides, sed dolus malus reperitur, Judicis officio ipso Civili Jure infirmari: stricti vero juris contractum in quo liqueat dolus malus, valere quidem ipso Civili Jure, sed Jure Prætorio doli actione vel exceptione rescindi.

Imo, inquires, & in bonæ fidei contractu dicitur fidei ruptæ gratia de dolo actio exerceri *l. 1. C. de dolo malo*, verbis sequentibus *Si fidejussor a creditore pignora emerit: oblata quantitate sortis & usurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit, consultius restituet, ne fidei rupta gratia de dolo possit actio exerceri.* Sed (quod erudite observat V. CL. Jacobus Cujacius, *lib. 3. Observ. c. 37.*) fugitiva hæc lex est; magisque pertinet ad Titulum Codicis, *Mandati vel contra*, quam ad Titulum, *De dolo malo*, sub quo posita est ab Architectis Juris. ita de dolo actio ea in lege est mandati actio: monstrante collatione *l. 2. D. de pignoribus & hypothecis, & l. 59. §. 1. D. Mandati vel contra*: ea vero perinde dicitur actio de dolo, ut actio de fide mala apud Ciceronem *lib. 3. De natura Deorum c. 30.* quia sicut doli exceptio, sic de dolo actio, inest bonæ fidei judiciis: usque adeo, ut ea neque exceptione, neque actione, doli mali indigeant *l. 7. §. 3. & l. 9. D. de dolo malo.*

Atque

Atque hinc quoque lumen sine dubio accipit Ambrosius, *De Officiis lib. 2. c. 10.* verbis sequentibus. *Non solum itaque in contractibus (in quibus etiam vitia eorum que veneunt, prodijubentur, ac nisi intimaverit venditor, quamvis in jus emptoris transcripserit, doli actione vacuantur) sed etiam generaliter in omnibus dolus abesse debet: aperienda simplicitas, intimanda veritas est.* Sic Ambrosius. nec opus interpretatione: cum præcedentia sufficiant.

Est tamen, ubi dolus malus deprehensus in ingressu negotii bonæ fidei, non actione bonæ fidei, sed actione de dolo emendetur. fac, duos contrahere: alterum circumscribi non ab altero, sed opera aut consilio tertii cum quo non contrahat. excedit dolus fines actionis bonæ fidei. nam qui contraxit, non admisit dolum. & qui admisit, non contraxit. ita quis usus actionis bonæ fidei? nullus. ac si alia non sit actio qua res ei ad quem ea res pertinet, salva esse possit: necessitate fit, ut ad actionem de dolo deveniatur. Talis species creditur exstare apud Ulpianum *l. 2. D. de proxenetis*: sed errore, opinor; si ejus verba consideremus. non enim in his incurrit dolus malus in bonæ fidei contractum, sed in mutuum: id est, in contractum stricti juris. verba Ulpiani. *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent: videamus, an possit, quasi mandator teneri? & non puto teneri: quia hic monstrat magis nomen, quam mandat: tamen si laudet nomen. Idem dico, & si aliquid philanthropie nomine acceperit, nec ex locato conducto erit actio. Plane si dolo & calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.* Ulpianus significat, cum Titius mutua egeret pecunia, intervenisse proxenetam, sive pararium, faciendi nominis: id est, (ut Antonius Augustinus observat *lib. 2. Emendat. c. 1. pag. 99. & seq.*) faciendi nominis causa. Et addit Ulpianus; multos sic solere. quo modo? meminit Seneca, *epist. 119.* *Opus, inquit, erit tibi creditore, ut negotiari possis. as alienum facias oportet: sed nolo per intercessorem mutueris: nolo proxeneta nomen tuum jactent, paratum tibi creditorem dabo.* Igitur proxeneta procuraturus Titio mutuum quam quærebat pecuniam, ut eam a creditore impetraret, Titium esse idoneum affirmavit. ita credita pecunia. apparet, malum esse nomen quod proxeneta dixit bonum. an creditori adversus proxenetam competit mandati actio? negat Ulpianus qua causa? quia, inquit, proxeneta magis monstrat nomen, quam mandat; tamen si laudet nomen: id est, proxeneta non jubet, creditorem pecuniam credere suo periculo: (hoc enim est mandare) tantum ei monstrat debitorem, paratum accipere creditam pecuniam, addit laudem ejus: dum dicit, esse a quo pecunia recipi possit non modo sine periculo, sed etiam sine molestia: eaque re creditorem inducit ad contrahendum. sit igitur consilium proxeneta: sed mandatum non est. Sic, si proxeneta nihil accepit philanthropie nomine: id est, remunerandæ humanitatis causa. nam philanthropia (ut ostendi *lib. 1. Probabilium c. 7.*) est humanitas, sive benevolentia, adversus omnes homines promiscua. Sed quid, si tali quid acceperit nomine? nil mutat Ulpianus: nec male. nam si non est mandatum, deficiente honorario: quomodo potest, eo interveniente, mandatum fieri? habetur enim proxenetae honos ob remunerandam ejus humanita-

tem: sed non ut res sit ejus periculo: nec igitur, ut sit argumentum contracti mandati. Aliquis opinetur, posse proxenetam a creditore conveniri actione locati aut conducti. Sed & hoc negat Ulpianus *d. l. 2.* puto, quod non videntur Veteres existimasse, cum tali persona esse locationem & conductionem: sed magis operam beneficii loco præberi; & quod ei datur, non tamquam mercedem, sed tamquam remunerationem dari. Ait tamen Ulpianus *d. l. 2.* proxenetam, si creditorem circumvenerit dolo & calliditate, magna præsertim atque evidente, (ut bene in *l. 7. §. ult. & l. 8. D. de dolo malo*) de dolo actione teneri: idcirco quod consilii non fraudulentum nulla obligatio est: cæterum, si dolus & calliditas intercessit, de dolo actio competit *l. 47. D. de regulis juris.* vere; sed nihil ad propositam disputationem: in qua quæritur contractus bonæ fidei in quo admissus ab alio, quam cum quo contractum est, dolus malus non actione bonæ fidei, sed actione de dolo corrigatur. est vero in *d. l. 2.* factum proxenetae dolo & calliditate; ut fieret mutuum, id est, stricti juris contractus. non igitur servit hic Ulpiani locus fini cui eum servire volunt docti viri.

Melius adfertur pro hac sententia Ulpianus *l. 18. §. 3. & l. 7. D. de dolo malo.* utrumque examinabo locum. uterque enim nostram desiderat operam: prior aliquam, posterior diligentissimam. verba *d. l. 18. §. 3.* hæc sunt. *De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces appenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si majora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est, repeti conditione potest: si minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi potest: nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi causa affirmasset, se æqua pondera habere.* Venditæ fuere merces. ex merces pondere consistebant. eas emptori appendere venditorem oportebat. deërant pondera. Titius sua commodavit: sciens, falsa esse. qua actione corrigitur Titii dolus? ait Ulpianus, Trebatium de dolo actionem dedisse: quasi non suppetere alia. sed Trebatio litem facit Ulpianus: ait enim, si majora sint pondera, quam ea oportet esse; tum id quod amplius mercis datum sit, a venditore repeti posse conditione. ego addam, etiam ex vendito actione: sic enim videtur ex *l. 3. §. 3. D. Si mensur falsum modum dixerit*: nec insolens est, conditiones concurrere cum aliis actionibus *l. 5. D. de exceptione rei judicata. l. 52. D. Mandati vel contra. l. 28. §. 4. D. de jurejurando.* non igitur, ut Trebatio placebat, necessaria venditori est de dolo actio: si majora commodata sint pondera. at si minora sint commodata: jam ait Ulpianus, posse ab emptore agi ex empto, ut a venditore tradatur merx reliqua. apparet igitur, hac quoque in specie supervacuum esse de dolo actionem: quia & in ea res ei ad quem ea res pertinet, aliter salva esse potest, quam actione de dolo. Si tamen merx illa venit conditione, ut his ponderibus traderetur; cum Titius decipiendi causa affirmasset, se æqua habere pondera: non resistit Ulpianus, quo minus jam, quia alia actio non est, inter eos qui contraxerunt bona fide, adversus Titium de dolo actio dari possit. Tantum

de *d. l. 18. §. 3.*

* *

CAPUT XIV.

Ulpianus l. 7. D. de dolo malo ab ingenio emendatus.

Succedit l. 7. D. de dolo malo, ipsa vel ideo nostra dignior industria, quod in ea est caput ac fons ex quo profluit illecebra distinctionis doli mali, dantis causam contractui bonæ fidei, & in talem contractum incidentis: quæ distinctio, ut supra dixi, tam oneri est Jurisprudentiæ, quam excellentibus ingeniis usque adhuc per plura secula illust. Verba Ulpiani d. l. 7. Florentiæ sic exhibet Franciscus Taurellius.

*Et eleganter Pomponius hac verba Si alia actio non sit sic excipit *, quasires alio modo ei ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. † Nec videtur huic sententia adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem: ** hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit: * aut * nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Ita Florentiæ editur: posita particula, aut, inter duas stellas. sed eam particulam vetustuetur liber manu scriptus; quem Vir Amplissimus, Cornelius van Bynkershoek, in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Frisiæ, Curia Senator, non magis præstante dignitate, quam gloria literarum Clarissimus, pro sua humanitate mecum communicavit: additis rarioribus aliquot Pandectarum editionibus, Hugonis a Porta, Blaublommii, Vintimillii, Roberti Stephani, & Petri ab Area Baudoza: quæ omnes manuscripto illi libro hac in parte assentiuntur. Sed nec Græci aliter Basilic. lib. 10. tit. 3. pag. 599. tom. 1. quando Ulpianum d. l. sic transferunt, Fabroto interprete. *Si minor consilio servi sui circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, manumissus tenetur actione de dolo: nisi emptor compos & particeps doli sit: nam si dolo non careat, tenetur actione ex empto: aut irrita est venditio, si in hoc ipso ut venderet, dolo adhibitus sit. quamvis autem minor sit qui vendidit, non restituitur. nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio datur.* Sic Græci.

Sed quid, si suspicer, ægrum esse Ulpiani locum; atque ita recreandum?

Et eleganter Pomponius hac verba, Si alia actio non sit, sic excipit, quasires alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententia adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem: hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem. nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

Sic olim divinavi. neque me nunc piget ejus remedi. Non addam, Ulpianum ex empto dicere pro ex vendito. est hoc ab Accursio annotatum. Potius monebo, quod a nemine observatum est, verba hæc, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est, quæ verba delevi, non esse Ulpiani. quo indicio? probabili. turbant Ulpiani sensum tam manifestum, quam optimum. Nempe Ulpianus, exponens Edicti de dolo malo verba, *Si alia actio non erit, judicium dabo*, animadvertibat, ea a Pomponio sic accipi, quasi significet Prætor, se daturum demum de dolo actionem; si res alio modo ei ad quem ea res pertinet, salva esse non possit: eamque elegantem esse interpretationem existimabat; nec tamen omni vacuum difficultate, nam videbatur adversari, quod Julianus libro 1 v. scribit, Si minor servi consilio circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit: dandam in manumissum de dolo actionem. hoc enim quid denuntiat? nisi quod voluit Julianus, decepto venditori, etiam cum ei res aliter salva esse potest, de dolo actione succurri. finge: emptor est doli particeps. tenetur venditori utili venditi actione. finge: dolo caret, quid vetat, quo minus jam venditor, idemque minor, in integrum restitutione favore ætatis adjuvetur? utcumque erit: datur a Juliano in manumissum de dolo actio, etsi res venditori aliter salva esse possit, quam actione de dolo: quia ei datur utilis venditi actio adversus emptorem; cum ejus dolo arguitur: aut in integrum restitutio; si non apparet dolo ejus; & tamen a Juliano in manumissum de dolo actio conceditur: aliter ac Pomponius interpretatus est. Indicavi difficultatem, & quidem duplicem.

Dicam, quid utrique reponat Ulpianus. Prior difficultas est, quod ubi emptoris dolo intervenit: datur venditori in manumissum de dolo actio, etsi ei adversus emptorem competat venditi actio. obtinet igitur ex Juliani sententia de dolo actio; cum res ei ad quem ea res pertinet, alio modo salva esse potest, quam actione de dolo. Hæc difficultas. At solutio talis est: Julianum non spectare ad casum quo emptor erat doli particeps; sed quo erat doli purus: porro venditori adversus emptorem de ejus dolo dari venditi actionem; cum is dolum admisit: sed cum dolo caret, adversus eum non dari: non fuisse igitur Juliano negotium, permittere de dolo actionem; ubi res ei ad quem ea res pertinet, aliter salva esse potest, quam actione de dolo.

Sublata est ab Ulpiano prior difficultas. quæ altera? quod venditor, & minor, & ætate lapsus, etiam cum Civili Jure valet contractus, Jure Prætorio in integrum restitutione adjuvatur. datur igitur a Juliano in manumissum de dolo actio; ubi res ei ad quem ea res pertinet, aliter salva esse potest, quam actione de dolo. Hæc altera difficultas. At nec ea Ulpianum confundit. contra is putat, etiam sic colligi sine mercede: quia servus qui a minore venditus est apud Julianum, ab emptore manumissus est: adver-

* Haloander legit, exceperit. † Haloander, possit. ** apud Haloandrum est. siue enim accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit: siue nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est: quod & proponitur, non inducitur in integrum restitutio, nam, &c.

adversus manumissum autem nulla in integrum restitutio locum habet. non igitur potest minori, eidemque venditori, cui neque in integrum restitutio, neque utilis ex vendito actio competit, apud Julianum res aliter salva esse, quam actione de dolo. Hic est Ulpiani a me emendati, sensus justus & clarus.

Nec mihi impero; ne addam, eum ab ipso (quo enim utar teste magis certo?) in l. 9. §. ult. & l. 11. D. de minoribus (quæ conjungendæ sunt: cum sint ex eodem Ulpiani lib. 11. Ad Edictum) sequentibus exprimi verbis.

Adversus libertatem quoque minori a Pratore subveniri impossibile est. Verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit, non manumitti. & reliqua.

Commode Ulpianus, nam cum ait, minori actione de dolo subveniri: tum placet; cum intervenit dolus, non emptoris, verbi gratia, sed manumissi servi. at cum scribit, utilem fore actionem in id quod minoris interfuit, non manumitti: tum jus est, cum ipsius emptoris, non manumissi servi, dolus accusatur. quod emendationi meæ egregie convenit. nec minus evincit quod demonstrandum fuit, sequentia d. l. 7. verba, *aut nullam venditionem esse, si in hoc ipso, ut, venderet, circumscriptus est*, esse indocti Interpretis; ac fœdare formam disputationis alioquin elegantis.

Habuit interim ille, quisquis fuit, qui ea verba primum ad marginem adjecit, hanc, opinor, causam ea adscribendi: quod videbat, venditori adversus emptorem, probato ejus dolo, ex vendito actionem competere ad id quod sua interfuit, se non decipi: præterea videbat, dolum malum, in contrahendo admissum ab emptore, contractum ipso jure dissolvere: at utrumque actionis venditi esse, non videbat.

Nimis inepte! quamquam æque, aut magis, hic qui ea verba deinde ex margine in qua apposita erant pro annotatione, in ipsius operis contextum transtulit & cum scripsisset Ulpianus, *Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*: his ejus verbis marginalem hanc admisit adjectionem, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*. quid enim ea adjectio (nisi quem subit libido cavillandi, indigna bono & gravi viro) adfert ad clarum Ulpiani

sermonem, præter tenebras, atque inexplicabiles? Nam si emptorem absolvit a dolo servi: qui potest nulla atque irrita videri venditio adversus eum qui nulla ejus doli societate tenetur? sin putat, eum affinem esse servi dolo: cur ait, *Si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*: non, *Si ab hoc ipso ut venderet circumscriptus est*? illud enim nihil, hoc quod agitur, significat. si tamen demus, velle hanc adjectionem non magis emptorem carere dolo, quam servum; & ideo decurri oportere ad actionem de dolo, quasi nulla venditi actione, ubi nulla venditio est: quidquamne causæ dixeris, cur jam de dolo actio minus competat adversus emptorem, (quod intendit Julianus) quam adversus manumissum servum? cum utique utriusque arguatur dolus malus: atque insuper sit cum emptore contractum; cum servo non sit? age vero, qui fileam, quod cum a Veteribus nulla esse dicitur venditio ob emptoris dolum: est insignis error existimantium, peræque nullam esse ejus potestatem adversus venditorem qui ab emptore sit dolo malo circumscriptus, & adversus emptorem qui venditorem dolo malo deceperit? non sic est: neque hoc ferat communis sensus: Veterum certe nemo dixit. illi voluerunt, venditore in contrahendo ab emptore circumscripto, ad expunctionem doli mali clausulam, *Ex fide bona*, sufficere. nam emptore agente ex empto, doli exceptionem inesse ex empto actioni; etsi in jure non fuerit nominatim a Pratore impetrata: venditore vero agente ex vendito, actionem de dolo actione ex vendito contineri: denique supervacuam venditori utraque in specie esse de dolo actionem; cum ei res aliter salva esse possit, quam actione de dolo. Sed hæc sicut in antecessum demonstravi: ita habeo causam existimandi, sequentia verba, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*, non esse Ulpiani, sed hominis indocti, optimum Ulpiani sensum absurda adjectione contaminantis: idque non intellectum ab illustribus ingeniis, hæcenus fraudi fuisse & ipsis & aliis: existimantibus, dolum malum, si causam dederit contractui bonæ fidei, eum ipso jure evertere: sin inciderit in eum, magis actione bonæ fidei, aut exceptione doli mali purgari. Respondi prin-

cipi ac difficili

loco.

* *

*

CAPUT XV.

Cum apud Veteres contractus dicitur resolvi, rescindi, in integrum restitui, aut irritus. aut nullus, aut nullius momenti, esse; minus plenum videri sermonem: nisi addatur, quo jure is sit nullus irritus, aut nullius, momenti: item quo jure ejus rescissio, vel in integrum restitutio fiat, Civili, an Pratorio. Impp. Diocletianus & Maximianus declarati l. 10. C. de rescindenda venditione. an ex bonæ fidei contractu nullo atque irritato, ob admissum dolum qui ei det causam, dominium traditione transferatur? videri.

Porro alterum illustrabo locum, etsi non æque asperum atque impeditum, non indignum tamen qui attente consideretur. is locus est in l. 10. C. de rescindenda venditione. verba ejus hæc sunt.

Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse pro-

batum: non adversus eum in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio, sed contra illum cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

Primum dicitur, emptoris dolum non pretii quantitate, sed facti qualitate; id est, emptoris calliditate atque insidiis probari: atque

nolit, contractum stare. imo permittitur emptori qui fecit dolo malo, hactenus agere adversus venditorem: ut aut steretur emptioni, aut ab ea discedatur *l. 13. §. 27. & 28. D. de actionibus empti & venditi*. Dicamus igitur, aliam esse rationem donationis inter virum & uxorem, aliam venditionis cui causam dedit emptoris dolus: illic traditionem & improbari ab initio & prohiberi, factamque pro nulla atque inutili haberi, quatenus ad dominium pertinet: hic traditionem neque improbari, neque

prohiberi ab initio: & factam, citra actionem ex vendito, citraque Judicis officium, non videri nullam: quin interim dominium transferre in emptorem; usque adeo, ut si ab eo deinde ad tertium perveniat: placeat, venditori non adversus eum in quem emptor dominium transtulit, rei vindicationem, sed contra illum cum quo contraxerit, in integrum restitutionem actione ex vendito competere *d. l. 10. C. de rescindenda venditione*.

CAPUT XVI.

Bona fidei negotium, si fuerit metu contractum, semper fuisse ipso jure Civili nullum: neque indignisse Prætoris restitutione. quid, si intervenit metus in contractu stricti juris? eum contractum valuisse cum Civili, tum Prætorio jure ante Edictum Galli Aquilii: postea Civili jure valuisse; sed Prætorio fuisse correctum actione & exceptione doli mali. ad ea remedia accessisse deinde actionem, Quod metus causa: & tandem quoque exceptionem metus. actionem, Quod metus causa, aliquando usum habere in bonæ fidei contractibus: sed non alias, quam si locum non inveniat actio bonæ fidei. alia.

Respondi plerisque quæ hic quæri possint. Nisi quis de coercendo quoque metu qui in bonæ fidei contractu intervenisse dicatur, pauca addenda existimet. Esse enim video, qui hic argumentum a metu ad dolum faciant: arbitrati, si quid in bonæ fidei, vel in stricti juris, contractu gestum sit, etsi metu, tamen consensum videri *l. 21. §. 5. D. Quod metus causa*; & contractum ipso jure valere. Id ostendere Edictum: in quo generaliter ait Prætor, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo l. 1. D. eod. tit.* idemque apparere ex *l. 2. l. 4. l. 5. C. eod. tit.* Hoc porro si in metu placuit: quid causæ esse, cur non in dolo recipiendum sit? in primis, cum sub vi & metu dolus contineri dicatur *l. 3. §. 8. D. Vi bonorum raptorum*. Postremo Ulpianum *l. 14. §. 13. D. Quod metus causa* scribere, *Eum qui metum fecit, & de dolo teneri, certum esse*. Sed mihi videtur, (quod enim sentio dicam) cum de rescindendo contractu quæritur, non male peti argumentum a metu ad dolum. Primum non fit in metu distinctio, utrum dederit contractui causam, an inciderit in contractum: imo utriusque habetur par atque eadem ratio. quod his quæ de dolo dixi, convenit. Deinde sicut in dolo, ita in metu, interest inter bonæ fidei & stricti juris contractus. si enim in bonæ fidei contractu intervenit metus; numquam valuit Civili Jure contractus: quia semper placuit, cum regi bona fide: nec quid magis illi contrarium videri, quam vim & metum. Atqui, inquires, metui inest consensus: quia metui inest electio *d. l. 21. §. 5*. Sit ita: sed non est libera electio; neque liber consensus: quem bona fides & boni mores postulant. Proinde si ve agat, si ve conveniatur, metum passus: apparet, convenire officio Judicis ex bona fide cognoscentis, judicare, non esse contractum qui metu initus est: quia non bona fide est initus. Id vero quid efficit, nisi contractum bonæ fidei in quo non est ita actum, ut inter bonos bene agier oportet, ipso jure nullum esse? quia si ve agat, si ve conveniatur, qui coactus voluit: metus inest

actioni bonæ fidei, & in ea Judicis officio continetur; pariter ut de dolo dictum: & ideo necessaria ei Prætoris in integrum restitutio non est; cum ipso jure, denique Judicis officio, tutus sit. Id, nisi fallor, Ulpianus *l. 116. D. de regulis juris vult lib. 11. Ad Edictum*: id est, ad Edictum Quod metus causa: quod eum libro XI. exposuisse, ex Inscriptione *l. 1. l. 3. & similibus D. Quod metus causa* intelligitur. Verba Ulpiani, *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est*. Sic Ulpianus. Imperator quoque Alexander *l. 1. C. de rescindenda venditione*, Si, inquires, pater tuus per vim coactus domum vendidit: ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: mala fidei enim emptio irrita est. Aditus itaque nomine tuo Præse provincie auctoritatem suam interponet: maxime, cum paratum te proponas id quod pretii nomine illatum est, emptori refundere. Non igitur ob metum magno opere desiderabatur Prætoris auxilium in contractibus bonæ fidei: ubi metus Judicis officio ex fide bona corripiebatur. At aliter erat in contractibus stricti juris: in quibus ante Aquilii Edictum non magis metus, quam dolus vindicabatur: utique sicut dolo malo, sic metu perficiebatur obligatio; valebatque & Civili & Prætorio jure: prorsus ut neutro rescinderetur: post Aquilii autem Edictum etsi placeret, eam Civili Jure valere, & actionem producere: tamen Jure Prætorio cœpit rescindi actione vel exceptione doli mali *d. l. 14. §. 13. D. Quod metus causa*: quia videbatur is qui metu fecisset, etiam dolo malo fecisse. Id rei initium fuit. Postea placuit Prætori, (Cassio, opinor ex *l. 4. §. 33. D. de doli mali & metus exceptione*) si quid metu extortum esse diceretur, etiam proponere Quod metus causa actionem: quæ esset in rem scripta *l. 9. §. ult. l. 14. §. 3. D. Quod metus causa*: quod in actione de dolo non erat. Ita factum fuit, ut quo per metum gesto, & actio de dolo, & actio Quod metus causa locum haberet. Nec tamen, quod mireris, adhuc erat exceptio metus: quia videbatur Prætori Cassio sufficere exceptio

ceptio doli mali. Sed postremo placuit, etiam de metu exceptionem permittere. scilicet, quia aliquid distat a doli exceptione: quod exceptio doli personam ejus qui dolo fecit, complectitur: at metus causa exceptio in rem scripta est, Si in ea re nihil metus causa factum est: ut plenissime traditum ab Ulpiano *l. 4. §. 33. D. de doli mali & metus exceptione*. Hæc quo pertinent? nempe, ut appareat, bonæ fidei contractum, sive dolus, sive metus in eo sit, ipso Civili Jure infirmari, nec Prætorie restitutione indigere: stricti vero juris contractum Civili Jure valere, sed demum Jure Prætorio rescindi. At enim Imp. Gordianus *l. 4. §. 5. C. de his quæ vi metu sive causa* rescipit, venditione vi metuve facta, jurisdictionis tenore, sive forma Edicti perpetui impetrari, ut quod improbe factum est, in priorem statum revolvatur. Verum hoc non semper decerni, idem Gordianus putat *d. l. 4.* sed tum, si alia actio non sit. quod & supra in actione de dolo malo monui: & ipso Edicto, Quod metus causa, ostendit Ulpianus *l. 14. §. 1. & 2. D. eod. tit.* Id vero fit, verbi gratia, si venditori ob emptoris inopiam adversus eum inanis futura sit venditi actio; & interim res per metum vendita pervenerit in manum secundi emptoris, adversus quem actio ex vendito priori venditori dari nequeat. dabitur igitur eo in casu actio, Quod metus causa, in quadruplum intra annum, post annum in simplum *d. l. 4.* vel utilis rei vindicatio *l. 3. C. eod. tit.*

Ita est; si bonæ fidei contractus, verbi gratia, emptio & venditio, aut locatio & conductio, metu perficiatur: sed si metu finiatur aliud jus est. id me Paulus docet *l. 21. §. 4. D. eod. tit.* Pauli verba sunt. *Si metu coactus sim ab emptione, † locatone discedere: videndum est, an nihil sit acti, & aliqua obligatio remaneat; an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex * bona fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? & magis est, ut similis species acceptilationi sit: & ideo Prætorie actio nascitur.* Non agit Paulus de venditione aut locatione, metu perfecta, sed de ea metu sublata. Sit exemplum. perfecta inter duos est venditio aut locatio bona fide & libero utriusque consensu. nata utrimque est obligatio & actio bonæ fidei. venditor aut locator deinde, re in-

tegra, ab ita venditione aut locatione, non libero consensu, sed per metum extorto. utrum sublata est antiqua venditi aut locati obligatio; an superest perinde, quasi nihil actum sit? movet, quod obligatio consensu perfecta, re integra, tollitur contrario consensu. contra movet, quod contrarius ille consensus in præsentem non a sponte venditoris, verum a metu, profectus est. Sed Paulo sedet, quod obligatio consensu perfecta, re integra, tollitur contrario consensu, quamvis per metum extorto, atqui hoc non patitur bona fides. sed finita est, inquit Paulus, bonæ fidei obligatio: dum amissa est contrario consensu. nulla igitur bonæ fidei obligatione possimus niti. Quod si est: alia videtur ratio contrahendæ per metum obligationis bonæ fidei, alia finiendæ. & est observandum, quod Paulus ait, consensum cui metus causam dedit, cum ad tollendam venditionem aut locationem pertinet, est similis acceptilationi: qua per metum expressa creditor, ipso jure finitur obligatio: valet quippe subtili jure acceptilatio, etiam metu illato facta: atque ut creditor qui metu coactus, debitorem liberavit per acceptilationem, necessariam habet Prætoriam, Quod metus causa, actionem: sic quod in venditione aut locatione, ejus tollendæ causâ, re integra, per metum actum est contrario consensu, similiter Prætorie Quod metus causa actione eger: quia quo minus ipso jure valeat contrarius is consensus, nulla resistit obligatio bonæ fidei, jam contrario illo consensu ipso jure sublata.

Nec illud omittam, quod Paulus *d. l. 21. §. 3. D. Quod metus causa*, Si, inquit, *dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem.* & hanc addit rationem: *quia verissimum est, nec talem promissionem dotis ullam esse.* Significat enim Paulus, dotis promissionem, si quæ stipulanti per metum facta sit, non indigere Prætorie metus exceptione: quia non placet, ex ea nasci actionem: nulla tali stipulatione ipso jure, id vero singulare esse in dote, facile apparet: quia stipulatio, etiam dotis, stricti juris habetur: ex aliis autem causis, quam ex dote, per metum facta promissione, valet Civili Jure stipulatio: ex eaque nata actio demum per exceptionem metus Jure Prætorio submovetur *l. 5. C. de inutilibus stipulationibus, & pr. & §. 1. Inst. de exceptionibus.*

† al. vel. * al. deest ex.

FINIS.



NOTITIA

CAPITULUM

HUJUS OPERIS.

- CAP. I. Dolus quid, & unde Donato? Eum dolum Veteribus esse bonum vel malum. De dolo bono Ulpiani sententia. 309
- II. De doli mali definitione. & an aliqua Veterum circa eam fuerit dissensio. Ulpiano lux in l. 1. §. 2. D. de dolo malo. 310
- III. Summos infimosque Juris Interpretes in questione de forma coercendi doli mali in contrahendo admissi, jam huc decurrere: ut existiment, stricti juris contractus in quibus detegitur dolus malus, sine distinctione valere ipso jure, sed actione, vel exceptione, doli infirmari: in bona autem fidei contractibus interesse, utrum dolus malus det contractui causam, an in contractum incidat: illic ipso jure nullum esse contractum: hic non esse, sed actione bona fidei, vel doli mali exceptione emendari. Eam doli mali distinctionem non videri veram. nec magis constare rationem formae, ex ea tradite negotiis bona fidei. 311
- IV. Formam qua Veteres uti sunt in expungendo dolo malo, magis deberi subtilitati Fori Romani, quam simplicitati Juris Gentium. usu hujus Fori in judiciis stricti juris vindicatum passim non fuisse dolum ante Edictum C. Aquilii Galli: post id Edictum in his coercitum quidem fuisse, verum Pratorio jure. 312
- V. De forma emendandi doli mali in contractibus stricti juris ex Edicto C. Aquilii Galli. Cicero expositus, & nostrorum auctoritate firmatus. 313
- VI. Varro declaratus notabili & difficili loco. 314
- VII. Bona fidei contractus, ob qualemcumque dolum malum, in contrahendo admissum ab aliquo contrahentium, inter eos fuisse ipso jure imperfectos atque inutiles: neque indignisse ulla Galli Aquilii, aut alius Praetoris providentia. Cicero iterum vocatur ad partes. avulsam a l. 5. C. de rescindenda venditione esse l. 5. C. de in integrum restitutione minorum. hac lex obiter emendata. illa utriusque conjunctione explicata. l. 3. C. Communia utriusque judicii collata cum Corpore Gregoriano. uterque locus expositus. in hoc & lacuna adducta. alia. 315
- VIII. De forma coercendi ipso jure doli mali in contractu bona fidei, si deceptus a deceptore conveniatur judicio bona fidei. 318
- IX. Qua forma ipso jure castigetur dolus malus in judicio bona fidei; cum deceptus ultro vult agere adversas deceptorem? exposita quadam Jurisconsultorum loca aliter, ac factum hactenus a Juris Interpretibus fama celebri. 319
- X. Posse eum qui est deceptus dolo malo, etiam experiri bona fidei judicio ad id quod sua inter sit, se deceptum non esse: quamvis nullo contractu. 322
- XI. Paulum in l. 57. D. de contrahenda emptione esse conspurcatum temeritate hominis indocti qui inducit personam Pauli §. 1. 2. & 3. idemque evenisse Papiniano in l. 58. D. eod. tit. 323
- XII. Actionem quae datur pro emendatione doli mali in contractibus bona fidei, ab Africano & Ulpiano dici utilem. Modestinus explicitus difficillimo loco qui est in l. 22. D. de pignoribus & hypothecis. Fugitivam esse l. 41. D. de pigneratitia actione: & quo pacto ea extricanda videatur. Sensus Papiniani l. 1. D. de pignoribus & hypothecis. Impp. quoque Diocletiani & Maximiani l. 5. C. Si aliena res pignori. Fragmentum Gaji quod est in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, sub illo Titulo male positum esse ab Architectis Juris, debuisse poni sub Titulo Digestorum, De pigneratitia actione: & quis sit verus Gaji sensus. 325
- XIII. Impp. Diocletianus & Maximianus expliciti l. 4. C. de obligationibus & actionibus. fugitivam Jacobo Cujacio videri l. 1. C. de dolo malo; in eoque actionem de dolo dici quae est actio mandati. Dolum malum, si in bona fidei contractu sit admissum non ab eo cum quo contractum est, sed a tertio, non vindicari actione bona fidei, sed actione de dolo. Ulpianus expositus l. 2. D. de proxenetis, & l. 18. §. 3. D. de dolo malo 328
- XIV. Ulpianus l. 7. D. de dolo malo ab ingenio emendatus. 330
- XV. Cum apud Veteres contractus dicitur rescindi, rescindi, in integrum restitui, aut irritus, aut nullus, aut nullius momenti esse; minus plenum videri sermonem: nisi addatur, quo jure is sit nullus, irritus, aut nullius momenti: item, quo jure ejus rescissio, vel in integrum restitutio fiat, Civili, an Pratorio. Impp. Diocletianus & Maximianus declarati l. 10. C. de rescindenda venditione. an ex bona fidei contractu nullo atque irritato, ob admissum dolum qui ei det causam, dominium traditione transferatur? videri. 331
- XVI. Bo-

XVI. Bonæ fidei negotium, si fuerit metu contractum, semper fuisse ipso jure Civili nullum: neque indiguisse Prætoris restitutione. quid, si intervenerit metus in contractu stricti juris? eum contractum valuisse cum Civili, tum Prætorio, jure ante Edictum Galli Aquilii: postea Civili jure valuisse; sed Prætorio fuisse corre-

ctum actione & exceptione doli mali. ad ea remedia accessisse deinde actionem, Quod metus causa: & tandem quoque exceptionem metus, actionem, Quod metus causa, aliquando usum habere in bonæ fidei contractibus: sed non alias, quam si locum non inveniat actio bonæ fidei. alia.

F I N I S.



GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

USUFRUCTU

LIBRI DUO:

IN QUIBUS MULTA VETERUM LOCA
AUT EMENDANTUR AUT
EXPLICANTUR.

Editio prima in Germania post tertiam Lugduno-Bataviensem.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

U S U F R U C T U

LIBER PRIMUS.

C A P U T I.

Summa totius Operis.



Expliciturus pro virili parte usumfructum, id est, Juris materiam, cum rerum varietate pulchram, tum locorum asperitate difficilem ac molestam, animum induxi, initio operis investigare, quid ususfructus appellatione a Veteribus contineatur: jactisque hac via quasi futuræ diligentiae fundamentis, efficere atque eniti: ut mox uno ore fluat interpretatio, demonstratura ususfructus rationem, naturam, formam: simul quid in re fructuaria, ejusve partibus, qualitatibus, instrumentis, adminiculis, recte aut secus agat fructuarius: quæ trahat commoda, quæ toleret onera: quid juris sit constante, quid finito, usufructu:

quemadmodum utroque in casu dominum de sua proprietate securum præstet ex Edicto Prætoris: postremo quid in corporibus Jure Civili, quid in quantitatibus & juribus Senatusconsulto, obtinerit: quid sit in rei unius, quid in partis bonorum, vel omnium, usufructu? illa primo sufficient libro. alterum destinavi causis modisque quibus constituatur & finiatur usufructus: pauca insuper subjecturus remedia, ad tuendum eum maxime pertinentia. Summa hæc Operis: aperturi, ut spero, bene multa Veterum loca quorum usum, sensum, integritatem, nescio quis casus longe submoverat, nunc, quod bene vertat, prima ingrediar spatia.

C A P U T II.

De usufructu: Et quid eo nomine contineatur?

Ususfructus (ut a Paulo definitur *l. 1. D. de usufructu*) est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Primum ait Paulus, usufructum esse jus: convenienter Gajo *l. 1. §. 1. D. de rerum divisione*: dicenti, usufructum in jure consistere, atque a fructibus distingui. nam fructus ex fundo percipi, & plerumque esse corporales: cum usufructus sit jus eos percipiendi; eoque res incorporalis habeatur. Juris autem verbo Paulus intelligit facultatem fructuario moribus aut legibus concessam. talem enim facultatem a Veteribus jus appellari, dudum observavit V. Cl. Gulielmus Budæus, *Annotat. ad Pand. pag. 212.* eoque sensu fructuarium a Neratio dici, *jure suo facere. l. 44. D. de usufructu.* sed clare Ulpianus in *Fragm. tit. 24. §. 26.* usufructum vocat facultatem. Tryphoninus *l. 62. §. 1. D. eod. tit.* conjunctim dicit, *Facultatis fructuarii jus.* vix opus moneri, (sponte enim liquet) usufructum quidem esse jus respectu fructuarii, cujus jus constituto usufructu augeatur: respectu vero domini proprietatis non esse jus, sed juris minutionem, id est, servitutem *l. 5. §. 9. D. de novi operis nuntiatione.*

Illud quæri dignum, cur Paulus in definitione addat, *alienis rebus.* nam usufructus ab utendo fruendo deducitur: & tam dominus re sua, quam fructuarius aliena utitur & fruitur. ita natura late patet

ut usufructus, potestque dominio inherere, vel sine domini societate haberi, nec minus propriæ, quam alienæ, rei esse. cæterum ars & disciplina Juris in magna rerum copia laborans inopia vocabulorum, quibus singulas indigiter, sæpe publica verba ad suum informavit modum, neglecta naturali potestate: hic certe amplam illam atque infinitam vim usufructus ad propriam atque angustiores coarctavit significationem: animadverso, utentem ac fruentem re sua jus proprietatis sive domini exercere, neque ad hoc demonstrandum egere usufructus nomine. contra aliena re utentem ac fruentem posse usufructum suum dicere; dominium suum dicere non posse. ita visum, altera in specie sufficere domini proprietatisque appellationem: in altera quod deesset aliud nomen, magis usufructum subsistere. mitto verba: aperte Paulus *l. 126. §. 1. D. de verborum obligationibus* dicit, alterum esse usufructum per se, alterum proprietatem comitari: significans ea loquendi forma, (ut ostendi, *lib. 1. de jurisdictione Et imperio, c. 2.*) alterum in specie usufructum, alterum proprietatem, appellari. atque in hanc sententiam euntibus quoque velut pedibus Tryphonino *l. 78. D. de jure dotium*, Pomponio *l. 21. §. 3. D. de exceptione rei judicata*, Ulpiano *l. 5. D. Si usufructus petetur*: apparet, quod dixi, usufructum origine sua ad res proprias porrigi: Civili Jure ad alienas restringi.

At hoc ad intelligendam vim ususfructus nondum sufficit. cum enim ab usu & fructu deducatur; sitque, ut Paulus definit, *jus utendi fruendi rebus alienis salva rerum substantia*: e re erit, quid sit *uti* & *frui* salva rerum substantia, paulo disertius explicari: silentibus hac in parte Interpretibus multæ opes doctrinæ præferentibus. Uti igitur re est, eam adhibere ad vitæ utilitatem: sed quatenus sufficit; atque ut salva maneat ejus substantia, propria igitur usus tria sunt: primum, ut utentis necessitate finiatur: deinde, ne rei conditio mutetur: tum, ne res utendo consumatur aut pereat. Primum Gajus significat l. 11. D. de usu & habitatione: nec minus Horatius, lib. 1. Epist. 12. negans pauperem esse, *Cui rerum suppetat usus*. item lib. 2. Epist. 2. cum ait,

*Ut ar ex modico, quantum res poscit, acervo
Tollam* -----

Eodem sensu Tacitus lib. XI. Annal. c. 7. *Quem,* inquit, *ullum tanta superbia esse, ut aternitatem jamæ spe præsumat? usui & rebus subsidium præparari.* Postremum notat Donatus ad Prologum Andriæ Terentii, *Utimur*, inquit, *fructibus rei quæ ab amantibus salvo usu nobis subministratur: abutimur, quando deperdimus rem & fructum. usui est ager, domus: abutimur vinum, oleum, & cetera hujusmodi.* Sic Donatus: in eaque sententia etiam Ciceronem fuisse in *Topici*, suus veniet dicendi locus. Quod est secundo sive medio loco positum, observat Ulpianus l. 15. §. 1. & 5. D. de usufructu. etiam Lucretius, lib. 11. *De rerum natura.* verba Lucretii.

*Hic si quis mare Neptunum, Cereremque vocare
Constituit fruges, & Bacchi nomine abuti
Mavult, quam proprium laticis proferre voca-
men.*

Ea vis verbi, *Uti*. *Frui* latius patet: non enim utentis necessitate, neque rei conditione circumscribitur: magis complectitur qualemcumque præsentem utilitatem, commoditatem, oblectationemve, quæ ex re ejusve occasione percipi possit: ac ne illam quidem quæ rem tollat, vel præter rei conditionem sit, respuit: prorsus neque finem habet neque modum. hoc sensu accipitur in illo Ciceronis, lib. 9. Epist. 17. ad Poetum. *Nihil timeo: fruor dum licet: opto, ut semper liceat.* Eodem modo Seneca, Epist. 63. *Ideo amicis avide fruamur, quia quamdiu contingere hoc possumus, incertum est.* Claudianus quoque.

*Qui fruitur pœna, ferus est, legumque videtur
Vindictam præstare sibi.* - - -

Et Seneca, De vita beata c. x. *Tu voluptatem complecteris: ego compeasco. tu voluptate fruëris: ego utor.* Similiter Nero, apud Tacitum. lib. 12. Annal. c. 56. Senecam alloquens, *Et tibi*, inquit, *valide ætas, rebusque & fructu rerum sufficiens.* Nero significat, licere Senecæ per ætatem res suas non modo exercere ad usum verum & necessarium, sed etiam ex rebus suis capere voluptatem, etsi usui non semper convenientem. quod alioquin juniorum esse, observat Auctor libri, *Sapientia* c. 2. vers. 6. Sed differentiationem quam inter usum & fructum feci, probat & firmat Augustinus, lib. 1. De doctrina Christiana c. 3. nec gravabor ejus verba, quamquam compluscula sint, adscribere. Verba Augustini, *Res aliæ sunt quibus fruendum est, aliæ quibus utendum, aliæ quæ fruuntur & utuntur.* Illa quibus fruendum est, beatos nos faciunt. istis quibus utendum est, tendentes ad beatitudinem adjuvamus & quasi adminiculamur, ut ad illas quæ nos beatos faciunt, pervenire, atque his inherere possimus. Nos vero qui fruimur & utimur, inter utrasque constituti, si eis quibus aten-

dum est, *frui* voluerimus, impeditur cursus noster, & aliquando etiam deflectitur, ut ab his rebus quibus fruendum est obtinendis vel retardemur, vel etiam revocemur, inferiorum amore præpediti. *frui* enim est, amore alicui rei inherere propter se ipsum: uti autem, quod in usum venerit, ad id quod amas obtinendum referre. si tamen amandum est: nam usus illicitus abusus potius vel abusio nominandus est. quomodo ergo si essemus peregrini, qui beate vivere nisi in patria non possemus, eaque peregrinatione utique miseri & miseriam finire cupientes, in patriam redire vellemus, opus esset vel terrestribus vel marinis vehiculis quibus utendum esset ut ad patriam qua fruendum erat, pervenire valeremus, quod si amœnitates itineris & ipsa gestatio vehiculorum nos delectaret, conversi ad fruendum his quibus uti debuimus, nollemus cito viam finire, & perversa suavitate implicati alienaremur a patria cujus suavitas faceret beatos: sic in hujus mortalitatis vita peregrinantes a domino, si redire in patriam volumus, ubi beati esse possumus, utendum est hoc mundo, non fruendum. Satis liquet, quid sit *uti*, quid *frui*.

Tantum addam, usumfructum non esse merum fructum, neque merum ulum; sed ex utroque colligi: probante sono verbi, utrumque complexi: tum etiam definitione Pauli d. l. 1. D. de usufructu, dicentis, usumfructum esse *jus utendi fruendi rebus alienis salva rerum substantia*. Hoc vero quo pertinet? nisi ut putemus, non concedi fructuario potestatem liberam pro sua libidine atque arbitrio rem fructuariam exercendi: sed ejus jus certo fine ac modo circumscribi: ita teneri eum re aliena uti, id est, eam exercere salva substantia; modo etiam sit ei jus *frui*: & posse re *frui*, dum ea utatur quoque: id est, dum curet, ut rei substantia, invito proprietatis domino, fruendo non mutetur aut pereat. atque hoc esse usufructui consequens, etiam Florentinus indicat l. 42. D. de usufructu: dicens fructuarium & usum habere fruendi causa. Nescio, an idem velit Isidorus, lib. 5. Originum, c. 25. *Usum*, inquit, *quo in re instructa utimur, ut in baculo inniti, ut in codice legere, ut in tabula ludere: sed & ipse fructus agrorum, quia eo utimur, usus vocatur.* Hæc sunt tria illa. *ususfructus* autem vocatus: quia solo usu habetur ejus fructus, manente apud alium jure. Sed usufructum tam ex usu, quam ex fructu, consistere, adeo exploratum est: ut Ulpianus l. 14. §. 1. D. de usu & habitatione neget, fructum legari sine usu: & si legetur deducto usu; inutile esse legatum, scribat. putemus igitur, usufructum neque usum, neque fructum esse: sed jus ex utroque mixtum & temperatum. non enim esse fructum liberum atque infinitum, qui fructus proprietatem comitatur: verum usus adjectione coerceri intra modum salvæ substantiæ, proinde esse usu latiore, sed dominio angustior; & a Paulo optime definiri, *jus utendi fruendi rebus alienis salva rerum substantia*.

Possim ineptus videri: ultra quærens, ubi locum habeat Pauli definitio: tamquam non semper obtineat, ubi de usufructu Jure Civili disputatur. cur enim inventa est, non habitura usum? & tamen laboro: quia ipse Paulus l. 4. D. de usufructu: *Usumfructus*, inquit, *in multis casibus pars domini est.* an aliud his designat verbis? quam aliquando servari, aliquando negligi definitionem præ se ferentem, usufructum esse jus utendi fruendi rebus alienis? fuerit igitur ex usu Jurisprudentiæ, & hac liberari sollicitudine, obtinet ea

ea definitio in actione confessoria : in quam venit usufructus, non omnis, sed a dominio separatus. datur certe hæc actio ei qui potest dicere, suum esse rei usufructum : non ei qui potest rem suam dicere. nam, ut Ulpianus ait, uti frui jus sibi esse, intendere potest solus qui habet usufructum : dominus autem non habet : quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet ; nec enim potest ei suus fundus servire. de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet l. 5. D. *Si usufructus petetur*. Non minus placet ea subtilitas Paulo, in l. 25. D. *de verborum significatione* sic scribenti, *Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est : quia usufructus non domini, sed servitutis pars sit : nec falso dicit totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.* hoc *et Julianus* : *et est verius*. Hæc Pauli verba pertinent ad rei vindicationem : quam Paulus exposuit lib. 21. Ad Edictum, ex quo desumpta sunt ejus verba. ea porro actio est rei, id est, domini si ve proprietatis rei, vindicatio ; soli que datur ei qui potest intendere, rem quam petit, suam esse : ut eodem libro docet Paulus l. 23. D. *de rei vindicatione*. debet etiam is designare rem, & utrum totam, an partem, & quotam petat : ut idem Paulus indicat l. 6. D. *eod. tit.* igitur fingamus, aliquem vindicare, fundum totum suum esse : cum alienus sit usufructus, an recte agit ? nam usufructus naturaliter coheret dominio, ejusque pars est. nec videtur quis vere dicere, fundum totum esse suum ; cum aliqua pars non est ejus. Sed Paulus Julianum sequutus, ait verius esse in hac actione, alium videri fundum, alium fundi usufructum : illum ad rem, hunc ad rei modum spectare : eaque ratione quem recte dicere, totum suum esse fundum, si ve totam suam esse fundi proprietatem, a quo fundo abest usufructus ; licet non possit dicere, totum eum fundum omni modo suum esse, si ve totam fundi proprietatem omni modo suam esse. Similis observatio est in judicio familiæ eriscundæ & communi dividundo : auctore eodem Ulpiano l. 16. §. 1. D. *Familiæ eriscundæ* : apud quem Julianus ait, *Si alii fundum, alii usufructum Judex adjudicaverit, non communicari usufructum*. Sensus est : quod si Judex in judicio familiæ eriscundæ uni fundum, alii ejusdem fundi usufructum adjudicaverit : non est communis utriusque usufructus : sed hic solus usufructus, ille nudam fundi proprietatem habebit. atqui fundi appellatione non venit nuda, sed plena proprietas. sit ita naturali verbi significatione : sed Judex familiæ eriscundæ sequitur civilem : nulla causa, cur ab ea recedat. imo agit eo judicio, ut tollat, non ut inducat communionem. quod futurum fuerit ; si adjudicato uni fundo, alteri usufructu, fundum pro pleno ejus dominio accipiamus. Sic : ubi usufructus Juris subtilitate æstimatur.

At Paulus l. 4. D. *de usufructu*, *Usufructus*, inquit, *in multis casibus pars domini est : et extat, quod vel præsens vel in diem dari potest*. Non tamen voluit Paulus, usufructum, si intra artis auctoritatem subsistamus, esse domini partem. contra significat, usufructum, cum in arte Juris non sit domini pars ; nihilominus (quod ex sequentibus liquebit) aliquando dominio similem vel domini loco haberi : locutione non dissimili huic Virgilii lib. 7. *Aeneid. vers. 266.* (quam Vigerus notavit, *De præcipuis Græcæ dictionis idiomis*, cap. 3. sect. 7.)

Nocti Operum Tomus I.

Pars mihi pacis erit dextram tetigisse tyranni.

Vult igitur Paulus, usufructum esse dominio similem, vel domini loco : non tamen ubique, sed in multis casibus. quibus ? non addit Paulus : sed puto in legatis, itemque in stipulationibus & cæteris contractibus ; in quibus magis loquentium voluntas spectatur, quam Juris subtilitas plerisque incognita. Sit in legato exemplum apud Papinianum l. 76. §. 2. D. *de legatis lib. 2.* Verba Papiniani. *Dominus herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit : voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. diversum in cæteris prædiorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est : quoniam fructus portionis instar obtinet.* Legatus est a testatore fundus cujus usufructus erat apud heredem scriptum. quæritur, utrum legatario debeat nuda fundi proprietas ; an solida ? nam legatus proponitur fundus ; habetque fundum, habens ejus proprietatem : etsi non habeat usufructum. quia usufructus in arte Juris non est pars fundi, id est, domini ; sed servitutis, ut via. at Papinianus abijt a scrupulositate artis ; sequutus defuncti voluntatem, auctoritate Duodecim Tabularum in testamento pro lege observandam. & recte : nam defunctus, exerciturus liberalitatem erga legatarium, non videtur voluisse, ad eum venire inane fundi nomen sine utilitate ejus naturali. quod igitur convenit menti testatoris, putat Papinianus, in hoc articulo perinde habendum esse usufructum, ac si esset domini portio, quamvis alias non sit : eaque ratione heredem legatario obligari ad traditionem solidæ proprietatis fundi ; nec posse ex causa fructus qui ejus erat, retinere emolumentum. quia idem Papinianus l. 66. §. 6. D. *eod. tit. Fundo*, inquit, *legato, si usufructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede. Usufructus enim, etsi in jure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. enimvero fundo relicto, ob reliquas præstationes quæ legatum sequuntur, agitur : verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de cæteris servitutibus.* Ab eodem principio Julianus l. 6. D. *de usufructu earum rerum*, Si, inquit, *fundus tibi legatus fuisset, et mihi ejusdem fundi usufructus haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu.* Idque in tantum placuit : ut Modestinus l. 19. D. *de usu et usufructu legato* sic scribat. *Si alii fundum, alii usufructum ejusdem fundi, testator legaverit : si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu, proprietatem cum legare oportet eo modo.* Titio fundum detracto usufructu lego, (vel) Sejo ejusdem fundi usufructum heres dato. *Quod nisi fecerit, usufructus inter eos communicabitur* Et pro ratione addit Modestinus : *quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.* Sensus Modestini : quod ex recepta verbi interpretatione aliquando aliter accipitur testatoris scriptura, quam re vera voluit aut cogitavit testator. Sic in legatis. Idem in stipulationibus, & cæteris contractibus, in quibus contrahentes magis ad effectum rerum mutuamque utilitatem, quam ad artis subtilitatem respiciunt. nos vero in his explicandis sequimur quod actum est l. 34. D. *de regulis juris*. ita cum verisimile est, contrahentes promisso fundo, non ad nudam intendisse proprietatem sine utilitate fructuum : optima ratione interpretamur, quod illi voluere, usufructum esse instar partis fundi, si ve haberi loco domini, licet juris subtilitate non sit. Eo modo Julianus l. 58. D. *de*

verborum obligationibus, Qui, inquit, usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. Pomponius quoque l. 66. D. de contrahenda emptione, In vendendo, inquit, fundo quadam, etiam si non condicantur, præstanda sunt, veluti, ne fundus evincatur, aut ususfructus ejus. Ita igitur est: ususfructus, quoties de nominis subtilitate disputatur ex arte juris, nec voluntas loquentium est quæstioni, ut in formula actionis confessoria, aut rei vindicationis, item in adjudicatione Judicis familiae erciscundæ, aut communi dividundo, non est rei dominium, neque rei pars: sed jus a dominio & parte ejus separatum. cæterum in legatis & contractibus, ubi quæritur voluntas testatoris aut contrahentium, magis ad dominii effectum, quam ad nominis subtilitatem respicientium: rationis est, quod Paulus ait d. l. 4. D. de usufructu, usumfructum in multis casibus partem dominii haberi.

At non ut ususfructus dominii, sic vice versa dominium ususfructus nomine censetur. credidit quidem Accursius, hoc contingere apud Pomponium in l. 19. D. de usufructu; multisque, ut idem sentirent, auctor fuit, sed mihi errare videtur Accursius; & aliud indigitari a Pomponio d. l. si consilio temperetur ejus intellectus: ut fieri infra capite primo libri secundi. Attulit tamen pro sua sententia Accursius præterea hæc Marciani verba ex l. ult. D. de usufructu earum rerum. Cum pecunia erat relicta Titio ita, ut post mortem legatarii ad Mævium rediret: quamquam adscriptum sit, ut usum ejus Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam: & usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus Divi Severus & Antoninus rescripserunt. Æque infelicitèr, nimirum proponitur legata pecunia, ita ut post mortem legatarii ad Mævium rediret, pecuniæ vero appellatione continetur proprietas: sicut rei, fundi, domus, servi, nomine proprietas indigitatur, non est igitur legatus pecuniæ ususfructus: sed legata est pecunia id est, pecuniæ proprietas, cum onere fideicommissi, adjecerat quidem testator, ut ejus usum haberet legatarius Titius. sed interim legavit ei proprietatem. & ait Marcianus, etiam hoc rescripsisse Divos Severum & Antoninum; usus vero mentionem fa-

ctam ideo; quia restituenda a legatario erat pecunia post mortem ejus. quæ res etsi non esset ususfructus, tamen habebat exitum usufructui non dissimilem. Non igitur juvat Accursium Marcianus. Nec magis Scævola l. 15. D. de auro argento mundo, verba. Species auri & argenti Seja legavit, & ab ea petiit in hac verba. A te, Seja, peto, ut quidquid tibi specialiter in auro, argento, legavi, id cum morieris, reddas restituas illi & illi vernis meis: quarum rerum ususfructus, dum vives, tibi sufficiet. Quæsitum est, an ususfructus auri & argenti solus legataria debeat? Respondit, verbis quæ proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommissi. Sic Scævola: verissime. nam legatis speciebus auri & argenti, legata est specierum proprietas: sed (quod ex sequentibus verbis intelligitur) restituenda vernis ex causa fideicommissi. & quod additur, quarum rerum ususfructus, dum vives tibi sufficiet, non ad formam juris spectat: aliter enim ea se habet, ut Scævola observat: sed ad exitum rei; sive, ad effectum restituendæ proprietatis: ut in d. l. ult. & l. 34. §. ult. D. de legatis lib. 2.

Quæ dixi, satis ex sententia sunt, quantum attinet ad rem fructuariam, sed separandum ab hac re est jus ea utendi fruendi, quod appellamus usumfructum. hujus enim juris quin dominus sit fructuarius, dubitari non sinit Ulpianus l. 8. D. de rebus auctoritate judicis possidendis, his verbis. In venditionem bonorum etiam ususfructus veniat: quia appellatione domini fructuarius quoque continetur. Nempe (dabo enim Ulpiano lucem quam nescio an dederint alii) dixerat Prætor in Edicto, jussurum se, possideri vendique bona debitoris, fraudationis causa latitantis l. 7. §. 1. D. Quibus ex causis in possessionem eatur. inde quæri poterat, quid bonorum appellatione in Edicto contineretur? ait Ulpianus, non tantum proprietatem debitoris indicari; sed usumfructum quoque, si quem habeat separatim. nam fructuarium esse ususfructus dominum: ut non sit rei fructuariæ dominus: certe habet in ea jus aliquod l. 19. D. de damno infecto: proque eo vindicando confessoriam in rem actionem l. 5. D. Si ususfructus petetur. est igitur ejus juris dominus l. 3. D. eod. tit. l. 15. §. 8. D. Quod vi aut clam: licet non sit dominus rei fructuariæ.

CAPUT III.

Quemadmodum quis utatur fruatur?

Dixi, quid sit ususfructus, dicam, quid fructuario sub hoc competat nomine. primum certum est, eum habere jus fruendi re fructuaria. Ulpianus l. 7. D. de usufructu ait, ad fructuarium omnem rei fructum pertinere, putemus igitur, ei deberi omnem animi & corporis utilitatem quæ ex re fructuaria ab eo percipiat: quando omnis opportunitas, fructuario quæstum aut amœnitatem adferens, fruendi vocabulo continetur: ut capite primo demonstravi & est elegans Pauli exemplum in l. 16. §. 1. D. Quod vi aut clam: quærentis, si quis arbores non frugiferas, veluti cupressos, cæciderit vi aut clam, an sicut domino ita fructuario competat interdictum? poterat dubitari: quia non ut domini, sic fructuarii interest, cæsis arboribus infructuosis. ait tamen Paulus, Si amœnitas quadam ex hujusmodi arboribus præstetur; posse dici & fructuarii interesse propter voluptatem & gestatio-

nem. id est, propter amœnitatem quam ex gestatione sellæ, lecticæ, aut vehiculi in nemoribus illis arborum infructuosarum possit percipere, morem indigitat hoc Juvenalis sat. 4.

Quid refert igitur, quantis jumenta fatiget

Porticibus, quanta nemorum portetur in umbra.

Nam ut vetus Scholiastes ibi notat, viridaria significat, ubi gestari solent. Igitur fructus appellatione in proposito omnis rei utilitas continetur. neque refert, utrum sponte, an hominis opera producat. plus censeo, si quid veniat non ex re, sed rei occasione ex alia causa, id est, ex nova obligatione; & hoc fructuarii juris esse: ut redditus, pensiones, mercedes, vectigalia, vecturas d. l. 7. §. 1. l. 9. l. 59. §. 1. & 2. D. eod. tit. Non sunt hæc & similes obventiones, usuræ, verbi gratia, naturaliter fructus: non enim ex ipso rei

rei corpore nascuntur *l. 121. D. de verborum significatione*; nec male Senecæ dicuntur *lib. 7. De beneficiis c. 10. Humana cupiditatis extra naturam quasi nomina*. interim jure perceptæ, præstant rei emolumentum, exemplo fructuum, eoque Civili Jure fructus appellantur *l. 62. D. de rei vindicatione, l. 34. §. 1. l. 36. D. de usuris, l. 8. §. 2. D. de rebus auctoritate Judicis possidendis*. Hac ratione licet fructuario, frui re fructuaria cum per se, tum per alium cui fructuum perceptionem locet vel vendat *l. 12. §. 2. D. de usufructu, §. 1. Inst. de usu & habitatione*: æque per alium habiturus rei utilitatem, ac si per se eam auferat. Hoc, inquis, finit potestas verbi, *fructus & frui*: sed hac eunti via moram obijcit Juris rigor: permittens, proprietarium, vendito aut locato a fructuario usufructu, experiri cum emptore aut conductore, Non esse ei jus uti frui invito se, a quo neque venditus, neque locatus ei sit rei suæ usufructus. at hanc moram rumpit benignitas Prætoris: interpretantis, proprietarium fructuario, quamdiu durabit usufructus, facere potestatem disponendi de utilitate rei fructuariæ, non repugnante natura usufructus: ideoque (quod Marcianus observat *l. 11. §. 2. D. de pignoribus*) vendito ac tradito a fructuario usufructu, si velit proprietarius cum emptore agere, Ei non esse jus uti frui, invito se: tuebitur emptorem Prætor exceptione, Si non inter emptorem & eum ad quem pertinet usufructus, convenerit, ut is hujus jure uteretur. Eo igitur modo cum usufructus emptori a fructuario non dicam in jure ceditur (de quo alibi erit dicendi locus) sed traditur; ipsum quidem jus, id est, dominium usufructus, personæ cohærens, apud fructuarium manet Jure Civili: sed fructuum perceptio quæ est facti, & a persona avelli potest *l. 27. §. 11. D. Ad legem Juliam de adulteriis*, ad emptorem venit Jure Gentium *l. 66. D. de jure dotium*. Hoc: si fructuarius vendat aut locet usumfructum. Idemque est; si eum pignori det: recepta enim venditione, quid ni pignus recipiatur? sed & hoc Marcianus probat *d. l. 11. §. 2.* ait enim, Papinianum scribere *lib. 11. Responsorum*, tuendum creditorem: & si velit proprietarius cum eo agere, Non esse ei jus, invito se uti frui, tuiturum eum Prætorem tali exceptione, Si non inter creditorem & eum ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit. nam cum emptorem usufructus tueatur Prætor; cur, inquit, non & creditorem tuebitur? igitur (ut Javolenus ait *l. ult. D. de usuris* quæ est ex libro ejus tertio ex Posterioribus Labeonis, quo eum de usufructu egisse, colligo ex *l. 24. D. Quibus modis usufructus amittitur* quæ ex eodem libro est) *Fructus rei est, vel pignori dari licere*. Sensus Javoleni est, Inter cætera commoda, fructuario competentia fructus nomine, vel (id est, etiam) esse; quod fructuarius potest usumfructum pignori dare creditori facilius daturo mutuam pecuniam sub eo pignore, quam sine eo. At non tantum vendere, locare, aut oppignorare, usumfructum potest fructuarius: sed, ut Ulpianus refert *d. l. 12. §. 2. D. de usufructu*, etiam potest eum precario concedere aut donare. & bene hæc distinguit; quomodo Plautus, in *Menachmis*, act. 4. sc. 2. vers.

94.

--- Illam non condonavi, sed sic utendam dedi.

Nam, ut est in *Trinummo* act. 5. sc. 2. vers. 6.

Beneficium homini proprium quod datur, proprium sumpserit:

Quod datum est utendum, id repetendi copia est, quando velis.

Igitur fructuarius juris sui utilitatem alii donans aut precario concedens, recte dicitur eo uti frui: spectantibus exercitæ voluptatem liberalitatis, aut famam, aut naturalem obligationem qua donatarius ei tenetur ad remunerandum, postremum observat Gajus *l. 54. §. 1. D. de furtis*: priora insuper Seneca, *lib. 2. De beneficiis c. 33. Beneficii*, inquit, *fructus primus ille est conscientia. hunc percepit qui quo voluit, munus suum pertulit. Secundus est fama. Tertius eorum quæ præstari invicem possunt*. Non ignoro, aliquando dici, eum qui rem donat, eam perdere. Sed id demum in filiofamilias, servo, tutore, & procuratore, id est, in rerum alienarum administratoribus obtinet *l. 7. de donationibus*. Imo in domino, manifesta ejus luxuria, optime Tacitus *lib. 1. Histor. c. 30. Falluntur quibus luxuria specie liberalitatis imponit. perdere iste sciet, donare nesciet*; at in domino a quo absit luxuria, adeo falsum est; utis donatione, si quam fecit, frui intelligatur. hoc sensu Cicero, *lib. 2. De officiis c. 18. Posse*, inquit, *liberalitate uti non spoliante se patrimonio, nimirum is est pecunia fructus maximus*. Et Seneca, *De vita beata c. 24. Numquam magis nomina facio, quam cum dono. quid? tu, inquis, recepturus donas? imo non perditurus. eo loco sit donatio, unde repeti non debeat, reddi possit*.

Competit igitur fructuario jus percipiendi quaecumque commodum vel ex re, vel ejus occasione nasciturum: quia omne id fructus appellatione comprehenditur. quod si sint adminicula sine quibus omnino nequeat uti frui fructuarius, vel hæc ei concessa videntur. etsi non ideo; quasi & ipsa rei fructu contineantur: sed quia est rationi consequens, ut qui extrema vult, velit omnia sine quibus ad extrema perveniri nequeat. hoc modo ait Javolenus, eum qui jurisdictionem dedit, etiam concessisse hæc sine quibus illa explicari nequeat *l. 2. D. de jurisdictione*: & Ulpianus eum qui aquæ haustum cessit, etiam iter ad hauriendum cessisse, interpretatur *l. 3. §. ult. D. de servitutibus prædiorum rusticorum*. Sed non potest fieri, ut qui usumfructum alicui concedit, non concedat adminicula sine quibus is se ad usumfructum ferre nequeat. Ut exemplo res clara sit: pone usumfructum servi. constat, fructuarii esse quod ex servi operis acquiritur *l. 10. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio*: sunt enim operæ in hominis fructu, & mercedes propter operas *l. 3. §. 4. D. de operis servorum*. finge, servum nolle operari, nempe ait Ulpianus, cogendum esse a fructuario modica castigatione *l. 23. §. 1. D. de usufructu*. Rursus finge tibi usumfructum domus aut fundi: & fundo aditum aut aquam, domui lumen deesse, necesse erit, ut usumfructum sequantur adminicula: id est, aditus, aqua, lumen *l. 1. §. 1. §. ult. D. Si usufructus petetur*: maxime si fructuario adeo sint necessaria; ut sine his nulla sit fructuum perceptio: nã si ei commoda sint; necessaria nō sunt: non sūt adminicula usufructus; nec eo prætextu fructuario concedend: quia de his nihil dixit testator; & fructus etsi difficilior, tamen sine his haberi ex re fructuaria potest: aliud vero ei non dedit testator *d. l. 1. §. ult. l. 10. D. de servitutibus prædiorum urbanorum*.

In primis autem oportet fructuarii esse detentionem rei fructuariæ: quia nisi eam rem teneat naturaliter, non potest ea, cum vult, uti frui. idcirco ait Ulpianus *l. 12. D. de acquirenda possessione*, *Naturaliter videri possidere eum qui usumfructum habet*:

id est, ut Papinianus loquitur, atque eadem in re, naturaliter teneri *l. 49. D. eod. tit.* hoc est, ejus in possessione esse, quo sensu & colonum & depositarium *naturaliter possidere*, idem ait Ulpianus *l. 7. §. 11. D. Communi dividundo*: pro naturaliter tenere, sive corpore in possessione esse: ut apparet ex *l. 9. D. de rei vindicatione* quæ est ejusdem Ulpiani. ad hoc vero subsistere fructuariæ rei jus, vel inde intelligitur: quod ut verus ejus possessor sit fructuarius, non est opus *l. 1. §. 8. D. de acquirenda possessione*: cum possit re fructuaria uti frui, etsi eam non possideat. quomodo colonus & commodatarius utuntur re conducta aut commodata: nec tamen eam possident; sufficitque his, in possessione esse, & naturaliter tenere. dicamus igitur, & fructuarium naturaliter tenere rem fructuariam; id est, in fundo, sive in possessione esse: sed non possidere *l. 6. §. 2. D. de precario, §. l. 5. §. 1. D. Ad exhibendum*.

Descripti jus fructuarii in re fructuaria, vix scio, an addam, esse hoc ejus non modo in re tota, sed etiam in singulis rei partibus: præsertim monstrante ratione, totum ex partibus constare, atque ita est, cui datus est alicujus rei ususfructus; ei datus est singularum partium ususfructus. nec opus inspicere; utrum ab initio rei inhæserint partes, an ei postea accesserint. omnium enim debetur ususfructus: quia omnes, sive ab initio rei insint, sive ex postfacto ei cohærere cœperint, utique rei cujus ususfructus est, appellatione comprehenduntur: ut in loco red-demus.

Interim quæ partium, eadem jurium & qualitatum, servitutum, verbi gratia, ratio est. nam si quæ rem fructuariam comitentur qualitates, earum quoque usus & fructus ad fructuarium venit: quia verum est, eas non personæ domini, sed prædio inhærere *l. 20. §. ult. D. de servitutibus prædiorum rusticorum, l. 26. D. de verborum significatione*.

Quod si quæ non cohæreant rei fructuariæ, sed parata sint ejus causa, sive redditum auctura, sive non eum futura in finem, sed ut rem fructuariam juvent aut tueantur: ea non sunt rei partes, sed instrumenta sine quibus fructus non facile ad rei conditionem percipiuntur. illa igitur causa eorum quoque ususfructus, si non appareat contraria testatoris voluntas, fructuarii est, *l. 15. §. 6. D. de usufructu*: licet aliud in proprietate cujus infinitus legatario fructus est, observetur *l. ult. D. de suppellectile legata*.

Sed liquet, ad fructuarium pertinere qualemcumque rei fructuariæ utilitatem: fruendi vocabulo omne fructus genus, sive omnem animi & corporis commoditatem, utilitatemque complectente. Nec tamen hoc sine moderatione admit-tendum. non enim alias obtinet, quam si fructuarius fructus boni viri arbitrato percipiat. habet enim in re aliena fructum, non liberum atque infinitum, qui fructus dominio seu proprietati cohæret; sed usumfructum, id est, fructum cui, ut supra dixi, usus inest fruendi causa. ea igitur gratia oportet fructuarium non solum frui, sed uti quoque: id est, rem fructuariam exercere ad modum, sive arbitrio boni viri: soliti, quantum in ipso est, agere; ut salva sit rei substantia conditioque, cæterum, si eam non dicam consumat, sed mutet, corrumpatve, quia eam non exercet ad ejus conditionem ac modum, magis abuti ea videtur; & ideo ne uti frui quidem, ubi non utitur, dici potest. Esto, si rem fructuariam faciat deteriore: numquam enim hoc fructuario permittit ratio ususfructus in re aliena constitui salva substantia. sed puta, meliorem

facere. nil muto: si abutatur re fructuaria; id est, si ea non ad domini modum, rei que conditionem utatur *l. 7. §. ult. §. l. 8. D. de usufructu*. Atqui licet fructuario meliorem facere proprietatem *l. 13. §. 4. D. eod. tit.* Nemo negat: si servet modum domini, & ejus voluntate jus suum metiatur: non, si proprio agat arbitrio, neglecta proprietarii reverentia. sic cine? quid tu vocas melius aut deterius? non enim id semper natura aut redditu, plerumque utentis judicio distinguitur pro cuiusque copia, inopia, parcimonia, luxuria, dignitate, vilitate, aliisque causis quas aut fortunæ, aut ingeniorum, aut seculi varietas & disciplina probet aut castiget. adeo quid præstet, est difficile dictu. quotiens enim sit; ut quod uni melius est, alteri deterius videatur; & quod huic utile est, illi inutile aut etiam noxium intelligatur. Quintilianus, *lib. 3. Inst. Orat. c. 7 pag. mihi 240. Frugalitas*, inquit, *apud Sybaritas odio foret, veteribus Romanis summum luxuria crimen*. Absit igitur, ut domini utilitas pendeat a libidine fructuarii: cur enim sit ejus libera & infinita dispositio de re aliena, invito domino: qui ei nihil præter usumfructum, id est, nil nisi fructum usu mixtum atque attemperatum, denique ad suum, non ad ejus modum indulget? sic palam Neratius *l. 44. D. de usufructu*. nec est alius sensus Nervæ apud Ulpianum *d. l. 13. §. 7*: dicentis, *Enim cui adium ususfructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurantur quia tectum magis turbatur*. Igitur qui fructuario ex re fructuaria debetur fructus, non est alius, quam qui usu, id est, boni viri arbitrato, sive ad rei conditionem ab eo percipiat. Est vero Ulpianus auctor *l. 9. D. de usufructu*, Celsum scribere, etiam cogi eum posse recte colere. quod ut fiat, alibi demonstrabo. Interim non omitam, quod idem Ulpianus *l. 15. §. 6. D. eod. tit.* proprietatis, inquit, dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriore ejus conditionem faciat.

Ego addam; quod cum hoc agit fructuarius, nil refert, utrum usu teratur deteriorque fiat res fructuaria, an non fiat. nam dominus faciens fructuario copiam utendi fruendi re sua, procul dubio facit ei rei terendæ potestatem: cum impossibile sit, ut usum accipiat res attritioni obnoxia, & usu non teratur, quare si rem terit fructuarius, domini voluntate, id est, jure terere videtur: sufficitque ei, quamdiu durat ususfructus, boni viri arbitrato uti frui; & cum finitus erit ususfructus, restituere, quod ex re fructuaria, exstabit. Exemplo sit hoc Ulpiani *l. 9. §. 3. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*. Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu, vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit. Ulpianus significat, a fructuario, legato ei vestis usufructu, præstari cautionem veri ususfructus, cujus formula est, reddi quod inde exstabit. ea interposita, fructuarium, si finito usufructu, domino vestem reddat attritam dolo malo; ei teneri ex stipulatu: sin boni viri arbitrato; non teneri. atque hoc esse adeo exploratum in hac formula, reddi quod inde exstabit; ut in illa, vestem reddi, idem jus sit. esse enim animum vestem utendam fruendam dantis: ut fructuarius eam boni viri arbitrato terat, absque enim hoc esset; nec jus utendi fruendi fore ei cui voluit, proinde qui stipulatur, vestem reddi, finito usufructu, tantum stipulari quod ex veste exstabit. Sic
in

in veste Ulpianus. Etiam in nave, legato navis usufructu, ait enim, posse navigatum mitti; et si periculum immineat *l. 12. §. 1. D. de usufructu*: id est, ut ego interpretor, imminere possit. quomodo videbitur pro videri poterit, & nocet pro nocere poterit, in Duodecim Tabulis, & apud Labeonem accipiuntur *l. 21. D. de statu liberis*. sensus Ulpiani est, Navem posse navigatum mitti a fructuario; et si non sine periculo mittatur: propter incerta maris, in quo timeri possit tempestas, ex eaque naufragium. & est vera Ulpiani ratio: quod navis ad hoc paratur, ut naviget. igitur si mare ingreditur boni viri arbitrio: id est, instructa idoneis nautis, atque opportuno tempore: (de quo adductus a Budæo Vegetius *lib. 4. Institut. rei militar. c. 39.*) & naufragio pereat, aut deterior fiat: non tenetur fructuarius. quid enim imputetur utenti nave, ut debuit, arbitrio boni viri? quod si eam in mare misit non opportuno navigationis tempore, (de quo idem Vegetius *d. c. 39.*) aut eam commisit hominibus parum idoneis: contra dicendum est, non esse nave ita, ut oportet, usum: quia non est usus arbitrio boni viri *l. 16. D. de rei vindicatione*.

At sicut fructuario jus est auferendi omnem fructum ex re fructuaria; modo auferat salva ejus substantia: ita æquum est, eum tueri quod accepit *l. 44. D. de usufructu*. sic enim nil fit, quantum ad ipsum attinet, quo minus salva substantia sit. optime autem Salvianus, *De gubernatione Dei, lib. 4. pag. 67. In ipso humano genere nullus sit ferme hominum tam hebes qui ad hoc aliquid agat atque perficiat, ut perfecta non curet*. Igitur oportet fructuarium omnem curam quam in re sua custodienda tuendaque adhibet diligens paterfamilias, in re fructuaria adhibere: ne pereat, neve deterior fiat ejus culpa aut negligentia *l. 65. D. eod. tit. l. 1. §. ult. & l. 2. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*. hoc vero cum dico, etiam volo, eum ferre impensas, ad ejus tutelam necessarias, nec has tantum, sed cætera quoque onera *l. 7. §. 2. l. 45. D. de usufructu*. est enim rationi, sed & utendi vocabulo, consequens; quando uti re est, eam exercere, quantum potest salva ejus substantia: etiam id convenit officio boni patrisfamilias: assueti, rem suam tueri ac conservare; eumque in finem non minus impensas, & rei onera sustinere, quam ejus commoda sequi: uti luis in locis ostendam.

Dixi, quid sit uti & frui, simul, quomodo utatur fruatur fructuarius: adhuc dicendum, quando videatur uti & frui. id vero eo magis faciendum: quod cum usufructus sit facultas utendi fruendi; apparet, fructus, si utatur fruatur fructuarius, ejus fieri voluntate domini, hac lege eos concedentis: si non utatur fruatur, non fieri ejus; quia verum est, non esse datos quibus non est usus & fructus, sed placet quod Ulpianus ait, uti & frui consistere ex facto ejus qui utitur & fruatur *l. unic. D. Quando dies usufructus legati cedat*: procul igitur dubio utitur & fruatur fructuarius, cum fructus percipit, hoc est, eos in usum suum separat a corpore ex quo sunt nati: ut spica, aut feno cæso, aut uva adempta, aut olea excussa: quamvis frumentum nondum tritum, oleum nondum factum, vindemia nondum coacta sit *l. 13. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*. quod si non sint percepti, id est, a corpore separati fructus: et si potuerint percipi; non fiunt fructuarii; sed manent domini: quia verum est, manere partes corporis, ex quo nati sunt: eoque non esse usum & fructum fructuarium. Plus desi-

deratur: ut a fructuario sint percepti. nam si per se decidant, aut ab alio percipiantur, a fure, verbi gratia; jam non fructuarii fiunt, sed manent domini, cujus ante fuerunt. ut enim sint percepti; sunt ab alio percepti, quam a fructuario. non igitur sunt ejus a quo non sunt percepti: quia non est his usus & fructus. Inde apud Ulpianum *l. 12. §. ult. D. de usufructu, Julianus lib. 35. Digestorum tractat: Si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui conditione teneatur: domino fundi, an fructuario? & putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario conditionem competere, fructuario autem furti actionem; quoniam interfuit ejus, fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod si postea fructus eos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus, nam si fiunt, qua ratione hoc evenit, nisi ea, ut interim fierent proprietario; mox apprehensi, fructuarii efficiuntur: exemplo rei sub conditione legate, qua interim heredis est, existente autem conditione, ad legatarium transit. Verum est enim, conditionem competere proprietario, cum autem in pendente est dominium, (ut ipse Julianus ait in fœtu, qui summittitur, & in eo, quod servus fructuarius per traditionem accepit, nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto) dicendum est, conditionem pendere, magisque in pendente esse dominium.*

Superiori definitioni si adest, ut oportet, auctoritas; minus juris habebit fructuarius, quam bonæ fidei possessor. nam ejus fructus sunt, quoquo modo a solo separati: et si non ab eo *l. 25. §. 1. D. de usuris, d. l. 13. D. Quibus modis usufructus amittitur*. sed interest, quod fructuarius numquam est dominus corporis ex quo nascuntur fructus, tantum habet jus utendi fruendi eo; bonæ autem fidei possessor, et si nec ipse sit corporis dominus, interim pro domino habetur, ubi non apparet alius. ita non potest fructuarius videri dominus fructuum coherrentium proprietati; quia non magis est partium, quam totius rei dominus: nec separatorum sit alias dominus, quam si eos ipse separaverit in usum suum; quia sic demum uti & frui intelligitur. contra bonæ fidei possessor, ut ipsius corporis, sic coherrentium fructuum, quasi partium, dominus habetur; & si separentur, dominus manet; sive ab ipso, sive ab alio separentur: quia neutra perceptione fit, cur definant esse ejus cujus ante fuere; ut ex *d. l. 25. §. 1. & l. 48. D. de acquirendo rerum dominio collegi Probabilium lib. 2. c. 7.*

Cæterum ut refert, utrum fructus sint percepti a fructuario, an ab alio: ita nihil interest, a quo sati sint *d. l. 25. §. 1.* adeo si relinquat dominus usumfructum, fructibus maturis, potest fructuarius eos quos cedente legati die, adhuc pendentes aut stantes deprehendat, ferre; (sic Ulpianus *l. 27. D. de usufructu* dicit pro auferre, vel percipere: ut in *l. 12. & l. 42. §. 1. D. eod. tit.*) eo quod sunt pars rei cujus usum & fructum accepit; ut ei nullam adhibuerit culturam aut curam. Hoc in fructibus. at pone: dominus fundi alii jam locati, deinde alii constituit usumfructum. an pertinebunt ad fructuarium mercedes locati fundi? fac placuisse, ei præstari: aut non displicuisse. at cum colono non contraxit fructuarius. non igitur aget actione locati cum colono. Sed (quod Paulus observat *l. 59. §. 1. D. eod. tit.*) expellet colonum; exemplo emptoris cui venditus sit fundus, alii a venditore ante locatus *l. 9. C. de locato & conducto*. ita quod non sit directo, fiet per consequentiam: quia adactus eo metu colonus, ultro

ultra offeret fructuario mercedes quas ei invitis solvere non tenebatur, nisi quid specialiter fuerit exceptum. Simili ratione placet, si decesserit fructuarius, maturis fructibus, nondum tamen perceptis, eos non ad heredem ejus, sed ad dominum proprietatis pertinere §. 36. *Inst. de rerum divisione, d. l. 13. D. Quibus modis ususfructus amittitur*, nempe, quia eos non percepit fructuarius, nec heres potest percipere, extincto usufructu. hoc in primis; si non sit locatus a fructuario fundus. imo etiam si sit. finge, quod est exemplum *l. 58. D. de usufructu*, Titiam cui debetur usufructus fundi, eum locasse certa mercede. finge, pensiones debere inferri Kalendis Martiis (Veterum more notato jam a Dionysio Gothofredo ad *d. l. & nuper a P. Burmano, V. Cl. ad Petronium c. 38. p. 165.* & defunctam esse fructuariam mense Decembri, jam omnibus fructibus fundi per colonos sublatis mense Octobri, quid dicemus, oportere heredi fructuariæ integram solvi pensionem, an debere eam dividi inter heredem & rempublicam cui legata est proprietas? Sed Scævola visum *d. l. 58. rempublicam* quidem cum colono nullam habere actionem: heredem vero fructuariæ integram pensionem sua die percepturum, recte: non enim querendum fuit, quando venerit promissæ dies pensionis: sed quando fructus a colono fructuariæ sint percepti. quid enim verius est, quam pensiones a colono promitti pro fructibus, si qui ab eo percipiuntur? sunt autem omnes percepti mense Octobri, quo tempore si a fructuaria essent percepti, nulla facta locatione; fuissent ejus, & ea decedente, ejus heredis *d. l. 13.* quid nimirum, facta locatione, sint ejus coloni: a quo, viva fructuaria, ejus voluntate sunt percepti? hoc vero si est: apparet, non Rempublicam cui legata dicitur proprietas, cum colonis acturam: sed heredem fructuariæ ad quem utique locati actio quæ defunctæ fuit, simul utilitatis fructuum qui ab ipsa, vel ejus voluntate a colonis sunt percepti, transit; etsi usufructu extincto morte fructuariæ.

Similis ratio est ejus quod Paulus *l. 26. D. de usufructu*, Si, inquit, *operas suas locaverit servus fructuarius, & imperfecto tempore locationis, usufructus interierit: quod superest, ad proprietarium pertinebit. Sed & si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit: capite deminuto eo, idem dicendum est.* Fructuarius servus operas suas locavit in tempus certum, verbi gratia, in quinquennium. idem servus mortuus est, imperfecto, id est, nondum finito tempore locationis. putat Paulus, pro quo tempore vixit servus, pro eo mercedem fructuario deberi: quia pro eo duravit usufructus, & a fructuario perceptæ sunt servi operæ: de reliquo tempore non idem putat Paulus: scilicet, quia verum est, eum non percepisse operas ejus temporis: non perceptas autem operas non ad fructuarium ejusve heredem, sed ad dominum proprietatis pertinere. quod si est: consequens est; ut quatenus perceptæ sint operæ, agere possit fructuarii heres; quatenus non sunt, dominus proprietatis. Atqui non solet stipulatio alicui quæ sita, facile ad alium transire, præterquam ad heredem, vel arrogatorem. Fateor, sequentibus juris regulam, sed in proposito aliud placuit propter juris conditionem: qua fit, ut non tam transeat obligatio, quam interim in pendentis sit *l. 43. §. ultim. D. de Edictio Edicto*, utrum fructuario, an domino adquiratur; cum præsertim incertum sit, quamdiu duraturus sit usufructus. ita est: rei incertum facit, ut hoc utamur jure *l. 75. §. 3. D. de verborum*

obligationibus: ut si usufructus non daret toto locationis tempore: locatio pro qua parte duravit usufructus, ad fructuarium ejusque heredem pertineat: pro qua autem parte non duravit usufructus, locatio non ad fructuarium ejusque heredem, sed ad dominum proprietatis pertineat. prorsus, ut unicuique ex ea tantum adquiratur, quantum juris ratio permittit *l. 18. §. ult. D. de stipulatione servorum*. Sed nec hoc simpliciter accipiendum: si enim operas suas in quinquennium locaverit fructuarius servus; & medio tertio anno mortuus sit fructuarius: sequentium quidem annorum stipulatio ad proprietarium spectat: tertii autem anni initio pecunia ejus anni, sive actio petendæ ejus anni pecuniæ, fructuario adquiritur *d. l. 18. §. ult.* scilicet, quia pura est stipulatio in quam certa annua quantitas deducitur §. 3. *Inst. de verborum obligationibus*. cæterum fructuarius quamquam integram acceperit mercedem tertii anni, tenetur domino proprietatis, pro qua anni parte extinctus est usufructus, restituere quod accepit *l. 25. §. 2. l. 26. D. de usufructu*. id vero eo diligentioris est observationis; quod hinc apparet, usumfructum ea in specie distinguere ab annuo legato *l. 8. D. de annuis legatis*.

Faciamus finem juris fructuarii; satis enim intelligimus, eum nil habere præter jus utendi fruendi re aliena: & quid ea loquendi forma contineatur. saltem addam, etsi vix opus sit, quia ultro sequitur, fructuarium, eo quod non habet proprietatem, non posse manumittere, neque donare, neque legare, neque facere aliud quo proprietas mutetur & a domino rei vindicatio recedat *l. 6. l. 9. C. de usufructu*. quin ipse quoque usucapere nequit; primum quia non possidet, nil habens præter jus utendi fruendi: deinde scit, rem qua utitur alienam esse *l. 10. §. ult. D. de acquirendo rerum dominio*, igitur & rescriptum est *l. 8. C. de usufructu*, Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum quarum usumfructum habet, neque ejus successores, ulla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.

Non minus verum est, dominum habere plenam rei proprietatem statim, ac finitus sit usufructus: utique totus, §. *ult. Inst. eod. tit.* alioquin juri accrescendi locus est inter conjunctos verbis & re simul; vel tantum re; vel tantum verbis, quod & in proprietate contingeret. nam pluribus legatariis quoquo modo conjunctis, altero repudiante, alter totum fundum haberet. sed in usufructu hoc plus est: quia & constitutus, & postea amissus, nihilominus jus accrescendi admittit: eo quod usufructus cotidie constituitur & legatur: non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur *l. 1. pr. & §. 3. D. de usufructu accrescendo*. Utcumque erit: incipit dominus statim ac finitus est totus usufructus, solidam in re habere proprietatem, oportet vero fructuarium sublata causa ob quam rem accepit, quod ex ea superest, domino restituere. id præter Ulpianum *l. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, suo modo evincit Salvianus, *lib. 1. Adversus avaritiam*, p. 197. verbis sequentibus. Si usus rerum aliquarum cupiam homini alterius hominis beneficio ac largitate tribuatur, isque immemor illius a quo fructum rerum indeptus est, avertere ab eo ipso proprietatem præstare rei atque alienare conetur, nonne ingratus omnium atque infidelissimus judicetur, qui oblitus scilicet hominis benefici ac liberalissimi, spoliare illum jure domini velit, qui eum ipsum usus possessione ditaverit: Et nos itaque usum tantum earum rerum accepimus quas tenemus, commodatis enim a Deo facultatibus utimur,

Et quasi precarii possessores sumus. denique egredientes e mundo isto, velimus nolimus, hic cuncta relinquimus. Cur ergo cum possessores tantum usufructuarii simus, quod nobiscum auferre non possumus, auertere a proprietate domini atque alienare tentamus? Cur non bona fide datis a Deo re sculis utimur? Tenuimus quoad licuit, tenuimus quoad permisit ille qui prestitit. Quid rectius, quid honestius, quam ut ubi res ab eo discedit qui usum habuit, revertatur ad eum possessio qui utendum concessit.

Igitur rationis est, fructuarium domino proprietatis, finito usufructu, restituere quod ex re fructuaria exstabit; nec opus, a testatore juberi restitutionem; quin, si jubeatur fieri nihil agi. Huc intendit Papinianus l. 25. *De usu & usufructu legato*: cujus verba Florentiæ sic eduntur. *Qui fructus prædiorum uxori reliquit, post mortem ejus prædia cum redditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus. nullum fideicommissum dominus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti dedit. etenim redditus futuri, non præteriti temporis demonstrati videbantur.* Sic Florentiæ: obscurius atque asperius. Apud Haloandrum sermone magis plano ac lucido legitur. *Qui fructus prædiorum uxori reliquit, post mortem ejus prædia cum redditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti debere. Etenim redditus futuri, non præteriti temporis demonstrati videntur.* Experiamur tamen, an aliquibus fomentis molliri possit asperitas Florentinæ lectionis, *Nullum fideicommissum dominus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti dedit.* Primum reverti dedit sic dicitur, ut Virgilius, lib. 1. *Aeneid. vers. 82.* ait, *Tu dædæ epulis accumbere divum.* Et lib. 3. vers. 77. *Immotamque coli dedit & contemnere ventos.* Nescio, an eodem sensu Petronius, *Fragm. Tragic. c. 51. p. 251.* dicat, *Fecit reporrigere.* Verba Petronii. *Admissus ergo Casarem est cum suo munere, deinde fecit reporrigere Casari, & illam in pavementum projecit.* Schefferus legit, *Casarem*, & ejusdem locutionis similia duo exempla addidit ex Plauto, *Epidic. 3. 3.*

& *Trucul. 1. 2.* Forſan nec mutandum apud Papinianum est verbum, *dominus* eo verbo accipientibus maritum, ex more quem observat Nonius Marcellus, & in l. 57. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, aliisque locis notat Gulielmus Fornarius lib. 1. *Select. c. xi.* cui addam hoc ex Vetere Lapide apud Gruterum pag. 993. *Inscr. 7.*

AUGUSTALI
DOMINO
DULCISSIMO
CONIUX FECIT

Et pag. 946. *Inscr. 9.*

MAXIMO
HAVIA FORTUNATA
DOMINO ET CONIUGI
BENE MERENTI FECIT

Speciem videamus. Maritus cum legasset uxori fructus prædiorum; (id est, usufructum prædiorum: ut in l. 20. *D. de usufructu*, & l. 41. *D. de usu & usufructu legato*) deinde hæc prædia cum redditibus post mortem uxoris ad heredes suos redire voluit. quæritur, an sit effectus fideicommissi? ait Papinianus, quod dominus, id est, maritus, ad heredes reverti dedit, id est, reverti jussit, fideicommissum nullum esse: (id est, nullius momenti esse; ut in l. 16. §. 1. *D. de minoribus*) sive proprietatem spectemus, sive fructus; lapsumque esse imperitia juris: cum jubet, a fructuaria post ejus mortem, prædia cum redditibus restitui suis heredibus, ultro habituris prædia & redditus pleno dominii jure, extincto usufructu morte fructuariæ, non igitur valet fideicommissum prædiorum; id est, proprietatis prædiorum; neque magis fructuum futuri temporis: de quibus solis cogitasse videtur maritus: volens: uxorem post mortem suam heredibus restituere prædia cum redditibus seu fructibus: ne alioquin, si jubeat, etiam præteritos restitui fructus, sibi contradicat: volens, usufructum prædiorum esse uxoris; & tamen perceptos fructus ab ea restitui.

* *

CAPUT IV.

Usufructum jure Civili constitui in corporibus, Senatusconsulto etiam in quantitatibus & juribus.

Res postulare videtur, quæ superiore capite summatim dixi de fructuarii jure, aliquot illustrari exemplis, pulcherrimæ indolem materiæ nobilium capitum explicatione accuratius indicaturis, sed primum videbo, in quibus rebus usufructus Jure Civili constituatur. omnes enim res aut sunt corpora, aut quantitates, aut jura l. 7. *D. de exceptione rei judicate. l. 30. D. de legatis lib. 1.* quantum autem ad corpora attinet: nulla est dubitatio cum enim usufructus sit jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia: an miramur, (quod Ulpianus observat in *Fragm. tit. 24. §. 26.*) posse Jure Civili legari usufructum earum rerum quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas? tales res sunt corpora: omnibus usum salva substantia recipientibus. ac jam palam Celsus l. 2. *D. de usufructu*, loquens de usufructu, *Est, inquit, jus in corpore: quo sublato & ipsum tolli necesse est.* Nimirum vult Celsus, usufructum esse jus in corpore: cujus substantia, ubi sub usum cadit, perseveret idque apparere inde, quod tale jus tollitur sublato corpore. Ut ut erit:

est Celso exploratum, usufructum esse jus in corpore. & quia non distinguit corpora: putemus, in omnibus constitui sine discrimine; utrum sine mobilia, ut navis l. 12. §. 1. *D. de usufructu*; an sese moventia, ut servus & jumentum; an immobilia, ut ædes aut fundus l. 3. §. 1. *D. de usufructu*, isque Italicus, aut provincialis. illo sententia Gajus, omnium, inquit, prædiorum, & Paulus, cujuscunque fundi, potest usufructus constitui d. l. 3. l. 6. *D. eod. tit.* solum igitur oportet rem cujus usufructus datur, esse corpus, salva substantia recipiens usufructum.

Utrum tamen præsentem, an & futurum? sed puto, & futurum: sufficere enim, a fructuario sperari fructum corporis, etsi non sit præsens. hac mente Paulus lib. 3. *Sentent. tit. 8. §. 18.* *Furiosi*, inquit, *& agrotantis & infantis usufructum utiliter relinquit*: & cautatur, *Horum enim alium resipiscere, alium convalescere, alium crescere posse.* Idem de usu Pomponius l. 55. *D. eod. tit.*

Non

Non magis refert Juris Civilis, utrum fructuario lucrum redditumve adferat corpus, an oblectationem. est enim hæc animi fructus; nec improbabilis, non intercedente more humani ingenii, nec fructus fruendive appellatione. hoc probavi supra; sed nil verat, idem firmari auctoritate Marciani *l. 41. D. de usufructu*: dicentis, *Statua & imaginis usum fructum posse legari, magis est: quia & ipsæ habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponantur*. Marcianus imagines distinguit a statuæ: ut fecit quoque Paulus *l. 17. §. ult. D. de usuris*, & Modestinus *l. 7. §. 4. D. Ad legem Juliam majestatis*: latiore, sic opinor, imaginis, quam statuæ significatione. notæ certe imagines ex cera fictæ in atriis nobilium: de quibus plene V. CL. Justus Lipsius, *lib. 1. Electorum c. 29*. dicuntur & pictæ imagines. forte est quoque, ubi sint sculptæ ex marmore, aut fusæ ex auro, argento, ære. ita possit statua imago dici. at non vice versa, quæ pictura est, statua dicitur. sit igitur imago præter fictam, etiam picta aut sculpta aut fusa. alterum Papinianus *l. 12. D. de auro, argento, mundo*: alterum Pomponius *l. 14. D. eod. tit.* utrumque Lactantius indicat, *De mortibus persecutorum c. 42*. verba Lactantii corrupta sunt, sed ea sic restituit Vir Amplissimus, Gisbertus Cuperus, Consul Daven-trienfis, amicus meus, quem honoris causa appello, *Senis Maximiani statua Constantini jussu revellebantur: & imagines cum quoque pictus esset, detrahebantur. & quia senes ambo simul plerumque picti erant, & imagines simul deponebantur amborum*. Optime. nec silebo, quod Eximius ille Vir Venulejum nostrum *l. 6. D. ad leg. Jul. maj.* perhibentem, imagines æque conflari ac statuas, quod poterat his injicere scrupulum, ad clypeos aureos vel argenteos, in quibus Principum imagines pingebantur, erudite refert. Vult igitur Marcianus (nam eo redeo) legari usumfructum etiam statuæ & imaginis; causatus, & ipsas aliquam habere utilitatem. Marcianus dicit utilitatem, quæ est amœnitas imaginis aut statuæ opportuno loco positæ oblectationi, aut etiam ostentationi, si quos artificum manus, quod sæpe fiebat, ad videndum invitabant, etiam peregrinis ex locis. auctore Plinio *lib. 36. Nat. Hist. c. 5.* & Cicerone, *Verrina IV. c. 2. & 3.* quare animosissime quoque comparabantur a studiosis talium: ut præter Ciceronem dicto loco, de Cæsare refert Suetonius, *Julio c. 47.* & de Damasippo Horatius *lib. 2. Sermon. sat. 3. vers. 64.*

Non minoris elegantia est, si intelligatur, sequens Pomponii exemplum, *l. 28. D. de usufructu*, *Nomismatum aureorum vel argenteorum veterum quibus pro gemmis uti solent: ususfructus legari potest*. Sed defecit in indagando Pomponii sensu sagacitas Doctissimorum Interpretum. utique Franciscus Connanus, *lib. 4. Com. jur. c. 1. n. 2.* Gemmas, inquit, hic vocat, quas nos imagunculas aureas & argenteas quibus viri ad pilei aut vestis ornatum hodie utimur. Hugo quoque Donellus, *Com. jur. lib. 10. c. 3. in fin.* ait, posse relinqui usumfructum numismatum; si aurea sint aut argentea, & his pro gemmis uti solent ad pilei aut vestis ornatum: alioquin non posse; quia nullus sit eorum usus. Hoc illi: forte edocti ab Accursio, posteriore Glossa ita scribente. Dic ergo, quod hic erat ususfructus in hoc, quod pro gemmis tamquam monilia portentur ad pectus. Sed longe alia fuit Pomponii sententia. aperuero eam; demonstrato, numismata esse nummos aliqua forma notave signatos; tum quæ sint vetera numismata; & quid sit, veteribus numismatibus pro gemmis uti.

Primum constat testimonio Isidori, *lib. 16. Origin. c. 17. pag. 1225. in fin.* addo, Ulpiani *l. 9. §. 4. D. Ad exhibendum*, in fine appellantis nummos, quos in principio vocavit numismata. Inde vero emendandum hoc ejusdem Ulpiani *l. 27. §. 4. D. de auro, argento, mundo*. Si autem aurum vel argentum signatum legatum est, id paterfamilias videtur testamento legasse, quod ejus aliqua forma est expressum: veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata & similia. Ulpianus Philippos distinguit a nomismatibus: cum Philippi sint nomismata. Horatius *lib. 2. Epist. 1.*

- - - Incultis qui versibus & male natis

Rettulit acceptos, regale numisma, Philippos.

igitur scribo, veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata similia. Sequitur altera cura, quæ Pomponio sint vetera numismata aurea vel argentea: possit vero exemplum esse in sequentibus Suetonii verbis *Augusto c. 75. Saturnalibus & si quando alias libuisset, modo munera dividebat, vestem & aurum & argentum; modo nummos omnis notæ, etiam veteres regios & peregrinos*. Suggestit quoque exemplum Lactantius *lib. 1. Divin. Inst. c. 10.* Hunc, inquit, errantem Janus excepit. cujus rei argumenta sunt nummi veteres, in quibus est cum duplici fronte Janus, & in altera parte navis. Reliquum est, quid sit, veteribus nomismatibus uti pro gemmis. id vero significat, iis uti, non tamquam numerata pecunia: (sic enim foret quasi ususfructus) sed tamquam gemmis, sive ita, ut gemmis uti solent: quomodo Justinianus *§. ultim. Inst. de heredum qualitate & differentia*, Pro herede, inquit, gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur. Vult igitur Pomponius, legari usumfructum veterum numismatum, sive veterum nummorum, quibus solent tamquam gemmis uti, is usus erat animi oblectatio ex earum cum collectione, tum contemplatione. hunc usum docuit me Plinius *lib. 37. Nat. Hist. Proœmio*. Verba Plinii. *Gemmae supersunt, & in artum coacta rerum natura majestas, multis nulla sui parte mirabilior. Tantum tribuunt varietati, coloribus, materia, decori, violari etiam signis gemmas nefas ducentes. Aliquos vero extra pretia ulla taxationemque humanarum opum arbitantes, ut plerisque ad summam absolutamque rerum naturæ contemplationem satis sit una aliqua gemma, &c.* Fuisse autem in his & ostentationem, idem refert Plinius *eod. lib. 1. c. 1.* eamque cœpisse a tibicine: postea fuisse hominibus, etiam summis admirationi. verba ex multis pauca adscripsi. Tertius qui eodem tempore fuit inter musicos, Nicomachus multas gemmas habuisse traditur, sed nulla peritia electas: sorte quadam his exemplis initio voluminis oblatis adversus istos, qui sibi hanc ostentationem arrogant, ut palam sit, eos tibicinum gloria tumere. Et post. *Gemmas plures, quod peregrino appellant nomine dactyliothecam, primus omnium habuit Romæ privignus Sylla Scaurus. diuque nulla alia fuit, donec Pompejus Magnus eam, quæ Muhrudatis regis fuerat, inter dona in Capitolio dicaret, ut M. Varro alii-que ejusdem ætatis auctores confirmant, multum prælata Scauri. Hoc exemplo Cæsar Dictator sex dactyliothecas in ade Veneris Genitricis consecravit. Marcellus Octavia genitus in palatina Apollinis ade unam. Præter Plinium etiam Suetonius, Julio c. 47. tangit has aliasque hujus generis delicias: de Cæsare sic loquens, Gemmas, toreumata, signa, tabulas operis antiqui semper animosissime comparavit. & Horatius lib. 1. Epist. 6. vers. 17.*

Tunc

*Innunc argentum, & marmor vetus, araque & ar-
teis*

Suspice: cum gemmis Tyrios mirare colores.

Ceterum, sicut Veteres in his gemmarum, quas faciebant, dactyliotheis varietatem, colores, materiam, decus, etiam illustrium hominum imagines, ac signa, finge, Augusti Sphingem, Mecænatis ranam, Syllæ traditionem Jugurthæ, similiaque alia a Plinio enarrata d. c. 1. admirabantur: sic magno studio ac sumptu vetera colligebant numismata, in quibus Regum ac Principum vultus, tum res domi forisque gestas, denique vetustatis memoriam sibi repræsentabant. Quæ res cum ad animi cultum oblectationemque spectaret, etsi non daret quæstum, habebat utilitatem: eoque recipiebat usumfructum, salva post usum substantia. Præter hunc quem dixi, fuisse & alium usum veterum numismatum, in primis Alexandri Magni, refert & queritur Chrysostomus. verba Chrysostomi apposui. sunt autem hæc, *Ad populum Antiochenum homil. 21. ad finem tom. 1. pag. 246. Quid vero diceret aliquis de his qui carminibus & ligaturis utuntur, & de circumligantibus aurea Alexandri Macedonis numismata capiti vel pedibus? dic mihi, hæc sunt expectationes nostra, ut post crucem & mortem dominicam in gentilis regis imagine spem salutis habeamus?*

Sed apparet, amœnitatem fructuarii corporis ejus fructui comparari: sive de vi verbi, sive de ratione Juris quærat: idque procedere in his quæ non habent onus, quamquam nec augent redditus. quid, si talia sint, ut in illa impendatur plus, quam de iis adquiratur? jam possit dubitari: quia rem spectantibus, magis damnum, quam fructus est. Varronem audi lib. 4. *De lingua Latina, pag. 28. in fin. Damnum a demptione, cum minus re factum, (vel, ut bene legit Turnebus, refectum) quam quanti constat.* Et Tacitus lib. xi. *Annal. c. 7. Nihil, inquit, a quoquam expeti, nisi cuius fructus ante præviderit.* Apud Varronem quoque *De re rustica, lib. 1. c. 2. sic extat. Duo in primis spectasse videntur Italici homines colendo, possentne fructus pro impensa, ac labore reddere, & utrum saluber locus esset, an non, quorum si alterutrum decollat, & nihilominus quis vult colere, mente est captus, atque ad agnatos & gentiles est deducendus. Nemo enim sanus mente debet velle impensam ac sumptum facere in culturam, si videt non posse refici. nec si potest reficere fructus, si videt eos fore, ut pestilentia dispereant.* Puto tamen, etiam in his usumfructum videri. nam ut ait Labeo l. 19. *D. de servitutibus, quædam habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Et clare Marcianus l. 41. §. 1. *D. de usufructu, Licet prædia quædam talia sint, ut magis in ea impendamus, quam de illis adquiramus, tamen ususfructus eorum relinqui potest.* Ulpianus quoque l. 12. §. 3. *D. eod. tit. Si, inquit, agrum aremus, licet tam sterilis sit, ut nullus fructus nascatur, retinemus usumfructum.* Scilicet fructus non habetur proprie & vere, nisi deductis impensis, interim est hæc hominum vita; ut de suis rebus plerumque plus, quam in his est, sperent; eoque has stulte administrant. sunt etiam qui elegantibus suis deliciisque

adeo indulgent, ut fere his suas opes, suamque utilitatem metiantur, & sane voluptatis materia in alienis negotiis gerendis a domini utilitate separatur, sed quid vetat, dominum cum sibi suæque amœnitati studet nullo alterius damno, esse suæ moderatorem utilitatis l. 3 §. 4. & 6. *D. de in rem verso?* dicamus igitur, ei esse utilia non modo illa quæ plus lucri, quam oneris habent: sed hæc quoque quibus plus impenditur, quam inde trahitur: si jucunditatem, si delicias præstent; si quamvis non bono domini, tamen ejus negotio cedant: ut in viridariis, in aquarum ductionibus, cæterisque luxuriæ instrumentis usu venit. ac vere Salvianus lib. 2. *Adversus avaritiam, pag. 217. ait, Omnis fructus divitiarum in usu est positus deliciarum: alioquin remoto usu deliciarum causa opum non relinquuntur.* Sed redeo eo, unde cœpi. dixi, naturalē esse usumfructum omnium rerum quæ corpore censentur; omnibus peræque usum & fructum salva substantia admittentibus.

Quid, si quantitate æstimentur: id est, pondere, numero, aut mensura: ut oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata? negat Imp. Justinianus §. 2. *Inst. de usufructu*, has res naturali aut civili ratione usumfructum recipere: præfatus, eas consumi ipso usu & recte, nam ususfructus tam usum, quam fructum complectitur; atque, ut ex Donato probavi supra, *Utimur fructibus rei quæ ab amantibus salvo usu nobis subministratur: abutimur, quando deperdimus rem & fructum. usui est ager, domus; ab-usui vinum, oleum & cætera hujusmodi.* Potest igitur Jure Civili esse ususfructus qualiumcumque corporum, nec magis singulorum quam plurium, aut etiam partis bonorum vel omnium: quantitatam non potest: auctore Ulpiano, in *Fragm. tit. 24. §. 26.* idque de suis temporibus in *Topicis* attestatur Cicero. postea mutata res est Senatusconsulto: ut Ulpianus refert d. §. 26. etiam Justinianus d. §. 2. & capite penultimo hujus libri dicitur. interim Ciceronis verba adscripsi. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere: usus enim, non abusus legatus est, ea sunt inter se contraria.*

Quod de quantitatibus dixi, etiam ad jura pertinet, hac ratione non potest itineris, actus, viæ, aquæductus, usus aut ususfructus, id est, servitutis servitus constitui Jure Civili l. 1. *D. de usu & usufructu legato.* est enim ususfructus jus in corpore l. 2. *D. de usufructu*: contra servitus est res incorporalis, denique non corpus, sed corporis qualitas l. 86. *D. de verborum significatione*: quæ tantum animo intelligitur, cum alioquin non sit: sicut obligatio quoque tot. tit. *Inst. de rebus corporalibus.* Sic ex regulis Juris: nam post Senatusconsultum & hic aliud receptum esse, capite penultimo hujus libri apparebit.

Dixi, in quibus rebus ususfructus Jure Civili constituatur. tempus est, ut demonstrem quod promisi, quid in quaque re fructuarii jus sit. utar autem

exemplis fundi, domus, servi
& pecudis.

CAPUT V.

*De usufructu fundi, & quomodo eo utatur ac fruatur
fructuarius.*

• Sed primo dicam de fundo : cujus si legatus sit usufructus : eleganter ait Ulpianus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructum esse : sic tamen, ut boni viri arbitratu fruatur *l. 9. D. de usufructu*. primum ait, in fructu esse, quidquid utilitatis in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest : nec refert, utrum ex fructuarii facto proveniat, puta, ferendo ; an sponte, ut oliva, fœnum, silva, cœdua *l. 13. D. Quibus modis usufructus amittitur. l. 48. §. 1. D. de usufructu*. nam, ut Varro *lib. 4. De lingua Latina* inquit, *Fructus a ferendores : & hæ quas fundus : & hæ quæ in fundo feruntur, ut fruamur*. Sensus, fundi fructus esse, quibus fruimur ; sive eos sponte ferat fundus, sive hominum industria exercitatus ; ut si feruntur, omnes igitur fundi fructus, cum industriales, tum naturales sunt fructuarii, fundi dato usufructu.

Sed utrum maturi tantum, an etiam immaturi ? Et ait Javolenus *l. 42. D. de usu & usufructu legato*, etiam immaturos : quippe in fructu esse, quod ad hominis usum inductum est ; neque in eo naturalem maturitatem spectari ; sed tempus quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. itaque addit Javolenus, cum olea immatura habeat plus redditus, quam si matura legatur, non posse videri, si immatura lecta est, in fructu non esse. Et hoc Paulus in olea immatura lecta, inque silva cœdua, & fœno immaturo cæso probat *l. 48. §. 1. D. de usufructu*. An recte ? dubitari potest ; quamquam enim in fundi fructu habetur, & ad fructuarium pertinet, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, oportet tamen boni viri arbitratu percipi *l. 9. D. eod. tit.* nec videtur oliva aut fœnum ita percipi, cum immature percipitur. nam si quis olivam immaturam decerpit, vel segetem, immaturam defecuit, vel vineas crudas, ait Ulpianus eum, quasi damnum injuria dederit, lege Aquilia teneri : sed si maturas, Aquiliam cessare : quasi jam nulla sit injuria, cum etiam tibi donaverit impensas in collectionem hujusmodi fructuum factas *l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam*. Opinor tamen, quod ad fœnum & oleam attinet, veram esse Pauli sententiam : & a fructuario percepta, quamvis immatura, boni viri arbitratu percipi. nam & de fœno Plinius *lib. 18. Naturalis historia c. 28.* scribit, *Secundum, antequam inarescat. Cato, fœnum, inquit, ne sero seces : priusquam semen maturum sit, jecato*. Hæc in fœno ratio. quæ in oliva ? Javolenus *d. l. 42.* ait, quod immatura habet plus redditus, quam si matura legatur. Quæ si vera ratio, certa res est. Sed dubiam facit Cato, *De re rustica c. 65.* ait enim olivam maturam domino expedire ; quamquam ex immatura fiat oleum optimum. Catonis verba adscripsi ; ea verba sunt. *Oleam, ubi nigra erit, stringito. quam acerba olea oleum facies, tam oleum optimum erit. domino de matura olea oleum fieri maxime expedit.* Hæc Cato. quibus accedit, quod Ulpianus *d. l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam* refert, eum qui olivam immaturam decerpit, domino damnum injuria dare, & lege Aquilia teneri : non id dicturus, si immatura, quod Javolenus ait *d. l. 42.*

plus redditus haberet, quam matura : nam qui alienæ rei prærium, redditumve auget, is neque domino damnum injuria dat, neque lege Aquilia tenetur. Habes tenebras. porro lucem accipe. hanc dabit maturitatis definitio. in qua (ut Plinius inquit *lib. 15. Naturalis historia c. 3.*) error hominum falsus, existimantium, maturitatis initium, quod est vitii proximum. Quid autem maturum sit, A. Gellius sic exponit *lib. x. Noctium Atticarum c. xi.* P. Nigidius, homo in omnium bonarum artium disciplinis egregius, Mature, inquit, est, quod neque citius est, neque serius ; sed medium quiddam & temperatum est. bene atque proprie Nigidius. nam & in frugibus & in pomis matura dicuntur, quæ neque cruda & immitia sunt, neque caduca & decocta, sed tempore suo matura adutæque. Ita Gellius distinguit, olivam, crudam, & nondum inchoatæ maturitatis, ab ea cujus media seu vera, etiam ab ea cujus plena & decocta, maturitas est. hos & Columella in oliva gradus facit, *De re rustica lib. 12. c. 50.* Verba Columellæ. *Media est olivitas plerumque initium mensis Decembris. nam & ante hoc tempus acerbum oleum conficitur, quod vocatur æstivum, & circa hunc mensem viride premitur, deinde postea maturum. Sed acerbum oleum facere patrisfamilias rationibus non conducit, quoniam exiguum fluit, nisi bacca tempestatibus in terram decidit, & necesse est eam legere, ne a domesticis pecudibus, ferisve consumatur. viridis autem nota conficere vel maxime expedit, cum & satis fluit, & pretio pane duplicat domini redditum. Sed si vasta sunt oliveta, necesse est, ut aliqua pars eorum maturo fructui reservetur.* Hoc Columella. idem vel simile Plinius *lib. 15. Naturalis historia c. 1.* verbis sequentibus. *Ex eadem oliva differunt succi. Primum omnium e cruda, atque nondum inchoatæ maturitatis. Et post. Quanto maturior bacca, tanto pinguior succus, minusque gratus. optima autem ætas ad decerpendum inter copiam, bonitatemque, incipiente bacca nigrescere.* Idem rursus *c. 3.* ejusdem libri. *Ferunt, inquit, frigore sterilitatem (Dalechampi mavult suavitatem) fieri, sicut copiam maturitate.* Ex hoc Plinii & Columellæ testimonio liquet, quod oliva immatura, si tamen inchoatæ maturitatis sit, plus redditus habet, quam ea quæ est consummatæ, licet ista copiosior sit : plus etiam, quam cruda, etsi ejus oleum sapore sit præstantissimum. Igitur si quidem fructuarius hanc aut illam decerpit, arbitratu, ad usum suum pertinere, quia domini voluntate atque exemplo decerpit : videtur eam boni viri arbitratu decerpere. quod si hanc aut illam decerpit alius domini voluntate & jure destitutus : e diverso placet, eum domino damnum injuria dare, & idcirco lege Aquilia teneri. quod si maturam colligit, id est, nigrescentem & inchoatæ aut etiam absolutæ maturitatis ; jam neque videtur domino damnum injuria dare, & fere impensas quas in collectionem fecit, ei donare *l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam*. Hæc tam varie ; quia non debet alius domino præscribere, quid ex re sua sibi utilius aptiusve existimet. at in persona domini, suo commodo studentis sine alterius damno, vere dicetur, eum suæ rei, etiam in abutendo, esse moderatorem : & ideo etiam illa quæ minus lucri habent, ei utilia intelligi,

gi, si delicias & jucunditatem præstent, & ejus negotio cedant, quamvis non bono.

Cæterum ut fructuario competat jus percipiendi omnem fundi utilitatem; vult tamen Ulpianus, d. l. 9. *D. de usufructu*, id tum esse; si eam percipiat boni viri arbitratu. nam, ut supra dixi, oportet eum non frui tantum, sed uti quoque: id est, ita ne abutatur. Indubitatum hoc: si fructuarius fundum abutendo faciat deteriolem; ut si arbores frugiferas excindat, aut villam diruat, aut quidquam faciat in perniciem proprietatis l. 13. §. 4. *D. de usufructu*. Sed quid, si meliorem faciat? jam in antecessum ostendi, hoc frustra quæri; abusu semper deteriolem faciente proprietatem, etiam cum videtur facere meliorem. adeo verum est, ea vocabula non natura, sed domini studio atque affectu distingui. respicis? nil certius vel in fundi usufructu. fac, divitem & splendidum dominum non frugalitati servire, sed voluptati: ita esse cui, ut Manilius ait lib. 4. *Astronomic.*

- - *Summum census pretium est effundere census.*

Nonne illi sordidus videbitur fructuarius: fundi utilitatem ad suam severitatem, non ad domini magnificentiam exigens? fac, diligentem esse patrem-familias. placebit ei hoc Varronis lib. 1. *De re rustica* c. 5. *Agricola ad duas metas dirigere debent, ad utilitatem & voluptatem. utilitas quærit fructum, voluptas delectationem. priores partes agit quod utile est, quam quod delectat.* Rursus finge, pauperem aut modicum dominum non sufficere impensis, quas desiderent opera alioquin idonea. fiet ei deterior fundus, etsi potenti melior sit. adeo, ut Columella refert, *De re rustica* lib. 1. c. 1. *Qui studium agricolationi dederit, antiquissima sciat hæc sibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi. nam is demum cultissimum rus habebit, ut ait Tremellius, qui & colere sciet, & poterit, & volet. neque enim scire, aut velle, cuiquam satis fuerit sine sumptibus quos exigunt opera; nec rursus faciendi aut impendendi voluntas profuerit sine arte.* Sed etsi impensas facile sufficit dominus: ubi tamen magnas facere eum oportebit; verissime observat Plinius, lib. 18. *Nat. hist.* c. 5. *Agro, ut homini, quamvis questuosus sit, si tamen & sumptuosus, non multum superesse.* In laudibus villæ Plinii Junioris lib. 2. *Epist.* 17. *Villa usibus capax, non sumptuosa tutela.* Ita sive melior, sive deterior fiat fundus; prope est, ut fructuario non abusus, sed usus, concessus esse videatur; sitque ei jus, excolere quod invenit, dum ejus qualitatem non immutet.

Exemplum elegans apud Ulpianum in l. 13. §. 4. *D. de usufructu*. verba ejus. *Etsi forte voluptate fuit prædium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amœnas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod adreditum spectet.* Haloander pro voluptate fuit prædium, quomodo Florentiæ edit Taurellius, legit, *voluptarium fuit prædium*. rectius: nam apud Sallustium quoque, *Bello, Catilinario* c. xi. reperias, *loca amœna voluptaria*; & apud Justinum lib. 31. in fine, *Possessiones voluptarias*. Malim tamen, *voluptare fuit prædium*: ut in Notis marginalibus conjiciunt Russardus & Charondas. & ex his (sic puto) exhibet V. Cl. Justus Lipsius, *Centur.* 3. *Miscell. Epist.* xi, non addito tamen ejus scripturæ firmamento. mihi vero probabile est, Veteres æque *voluptare* dixisse ac *voluptarium*: quomodo *peculiare* in l. 1. §. 2. *D. de tributoria actione*, l. 28. §. 1. *D. de pignoratitia actione*, & *peculiarium* in l. 4. §. 5. *D. de peculio*, l. 4. §. ult. *D. de doli mali exceptione*, & alia ejus generis eos usurpasse, in *Parergis* docuit me Vir Eruditissimus, Barnabas Brissonus p. 676. & seq. Sit igitur apud Ulpianum *voluptare prædium*: in quo viridaria, gestationes, & deambulationes, arboribus infructuosas opacæ atque amœnæ: id est, loca in quibus paterfamilias ambulet, vel gestetur sella, lectica, vel vehiculo, sanitatis vel amœnitatis gratia, talia enim loca gestationes & deambulationes appellari, jam notum est diligentia Justi Lipsii d. loc. & Guidonis Pancirolli lib. 1. *Thesaur. var. lect.* c. 55. Et est exemplum hujusmodi prædii in villa Plinii, de qua ipse sic lib. 5. *Epist.* 6. *Multa in hac (villa) membra: atrium etiam ex more veterum, ante porticum xystus concisus in plurimas species, distinctusque buxo, demissus inde, pronusque pulvinus, cui bestiarum effigies invicem adversas buxus inscripsit. Acanthus in plano mollis, & pene dixerim liquidus. ambit hunc ambulatio, pressis variegue consis viridibus inclusa: ab his gestatio in modum circi quæ buxum multiformem, humilesque & retentas manu arbusculas circumit. omnia maceria muniuntur. hanc gradata buxus operit & abscondit.* Detur igitur ejusmodi voluptaris prædii ususfructus. an poterit fructuarius illa quæ dixi, amœnitatis instrumenta deicere: ut hortos faciat olitorios, vel aliud quod adreditum spectet? negat Ulpianus. atqui faciet sic fructuarius utiliolem proprietatis causam. sed non idcirco meliorem: imo deterio-

rem, invito domino.

CAPUT VI.

Fructuarius cui competit ususfructus fundi, uti fundi servitutibus. etiam omnibus ejus partibus: ut cretifodinis, arenifodinis, lapidicinis, aliisque metallis a domino institutis. quid si ipse velit nova instituere: an potest? & quando? accessione alluvionis augeri fundi ususfructum: an & insula juxta fundum nata in flumine? non videri.

Igitur apparet, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, fructuarii fieri perceptione; si boni viri arbitratu utatur & fruatur. Ipsum autem fundum accipi oportet, non simpliciter, sed qualis est cum juribus ei inhærentibus. ita non minus potest fructuarius fundi servitutibus, quam ipso fundo uti frui: quia verum est, eas non hominis, sed prædii esse l. 20. §. ult. *de servitutibus præ-*
Noodt Operum Tomus 1.

diorum rusticorum: denique jura prædiorum sunt prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo l. 86 *D. de verborum significatione*: & optime sequens Lapis apud Gruterum, pag. 201. *Inscript.* 3.

PER HANC
VIAM . FUNDO
C. M. C. L.

Gg 2

PHI-

PHILERONIS
ITER ACTUS
DEBETUR

Id usque adeo placet : ut si quis non patiatur , fructuarium uti frui prædii servitute ; perinde habeatur, ac si non patiatur, eum fundo uti frui : quia non patitur, eum fundo cum suis qualitatibus uti frui *l. 1. D. Si ususfructus petetur.*

Vix opus admoneri , fundi appellatione omnes fundi partes comprehendendi : quando fundus est integrum aliquid *l. 60. D. de verborum significatione*, quod suis constat partibus. igitur dato fundi ususfructu, non circumscribitur fructuarius hac aut illa parte : sed poterit omnibus partibus uti frui. Ea ratione Ulpianus *l. 9. §. 1. D. de usufructu* scribit. *Si lapides in eo fundo sint , eorum quoque ususfructus ad eum pertinet.* Florentiæ editur, apes: quomodo & Græci , *Basilic. lib. 16. tit. 1. pag. 246. tom. 2.* nec improbo. passim tamen scribitur *lapides* : & ipse hoc malim. addam tantum, quod Ulpianus non ait, lapides, qui in fundo sint, ad fructuarium pertinere; (quod Accursius voluit, qui & *usumfructum* pro dominio imperite accepit) sed Ulpianus ait, lapidum usumfructum, si lapides in fundo sint, ad fructuarium pertinere. dubito autem, an per *lapides* intelligat lapidosam fundi partem quam Paulus *l. 13. D. de rebus eorum qui sub tutela* vocat fundum *saxosum*: ut sensus Ulpiani sit: si aliqua fundi pars sit saxosa, etiam ejus usumfructum ad fructuarium pertinere. Quid, si lapidicinae sint, vel cretifodinae, vel arenæ? (Plinius *lib. 36. Nat. hist. c. 23.* facit tria harenæ genera: fossitiam, fluviatilem, & marinam.) ait Ulpianum *§. 2. d. l. 9. Sed si lapidicinas habeat, & lapidem cadere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas: omnibus his usum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias, quam sententiam puto veram.* Sic: si hujusmodi fodinae, vel lapidicinae, a testatore sint institutæ. sed finge , inveniri post legatum usumfructum. ait Ulpianus *d. l. 9. §. 3. Sed & si hæc metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus, non partium, contineantur legato.* Florentiæ est. *Sed si hæc.* at probo vulgatam lectionem, *Sed & si hæc*: quam pleræque servant editiones, & præfert Russardus. porro *Metallum* generale vocabulum est , pertinens ad omnia quæ e terræ visceribus eruuntur *l. 13. §. 5. D. eod. tit. & l. 3. §. ult. D. de rebus eorum qui sub tutela.* Ita sensus Ulpiani est, cum legatus est fundi ususfructus; non intelligi legatum alicujus partis , sed totius fundi usumfructum. posse igitur fructuarium fundo toto, atque omnibus ejus partibus uti frui. adeo si institutæ jam a testatore sint lapidicinae, & lapidem cedere velit fructuarius, vel si sint cretifodinae, vel arenæ; omnibus his velut partibus usum, exemplo boni patrisfamilias. imo si hæc metalla demum post legatum usumfructum sint inventa ; etiam ipsorum usumfructum , quasi partium fundi, legato contineri. Sic Ulpianus ; & recte. Nisi quis metuat : ut fructuarius , institutis a se metallis , videatur prædio rustico boni viri arbitratu uti frui : cum ea ad fundi culturam , remque rusticam parum pertineant. Sed non hoc periculum est. ut enim ad agriculturam proprie non spectent metalla : patrisfamilias tamen bono & diligenti, si in quo agro idonea esse possint, negligenda non esse, Varro commode opinatur *lib. 1. Dere rustica c. 4.* sic scribens. *Sed neque lapidicina, neque arenaria ad agriculturam pertinent, sic siglina neque ideo non in quo agro idonea possint esse, non exercenda, atque ex eis capiendi fructus.* Potest igitur

fructuarius vel vetera metalla exercere , vel nova instituere.

Nec tamen hoc semper ei licere, arbitratus olim fuit Ulpianus *l. 13. §. 5. & 6. D. de usufructu*: nunc alio flectunt adulterata ejus verba. subjeci ea quæ eduntur forma ; vocaturus ad diligentius examen; mox etiam emendaturus. Ulpiani verba. *Inde est quasi sum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit ? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit : ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit , exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agricultura nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel oliveta, quæ fuerunt : forsitan etiam hæc deicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. *§. 6. Si tamen quæ instituit usufructuarius, aut cælum corrumpant agri, aut magnum apparatus sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non potest sustinere proprietarius : non videbitur viri boni arbitratu frui.* Quid hic Ulpianus ? Primum ait, fructuario esse jus, lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas, instituere ; si quæ in fundo idoneæ esse possint, etiam si nullæ sint a domino institutæ: nec tamen hoc semper jus esse ; sed si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. scilicet, quia aliter existimantibus, non videretur fundo, salva ejus conditione, id est, boni viri arbitratu, uti frui. Deinde hinc infert Ulpianus, quod potest quoque fructuarius venas lapidicinarum & hujusmodi metallorum inquirere. præterea potest auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, fodinas exercere, si quas paterfamilias, id est, proprietarius, instituit. quod si is nullas exercuit ; adhuc potest ipse novas instituere : utique, si nihil agricultura nocebit. sic enim rursus definit Ulpianus : & hanc addit causam quæ verissima est : quod ei permittitur meliorare proprietatem : dum, sic opinor , ejus qualitatem non immutet ; hoc vero non facit, ex agricultura quæ fuit, nihil informans, tollensve: ut si neque vineas, neque arbuta, neque oliveta quæ fuerint, deiciat. Quamquam hoc quoque casu, si quæ instituat fructuarius, magnum apparatus sint desideratura, forte opicum, vel legulorum, eaque sustinere nequeat proprietarius, non videtur Ulpiano fructuarius boni viri arbitratu uti frui. sine dubio convenienter huic Columellæ , *lib. 1. Dere rustica, c. 1.* dicentis , *Qui studium agricolationi dederit, antiquissima sciat hæc sibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi.* Idem esse, Ulpianus ait, si quæ instituit fructuarius , cælum corrumpant agri. Nam & Varro *lib. 1. Dere rustica c. 5.* Utilissimus, inquit, *is est ager, qui salubrior est, quam alii, quod ibi fructus certus, contraque in pestilenti calamitas quamvis in feraci agro colonum ad fructus pervenire non patitur.* Etenim ubi ratio cum orco habetur, ibi non modo fructus est incertus, sed etiam colentium vita. Quare, si salubritas non est, cultura non aliud est, quam alea domini vitæ, ac rei familiaris. Sic, si fructuarius, institutis a se fodinis, nihil principaliter noceat agriculturæ. An idem dicemus, si vineas, vel arbuta, vel oliveta, quæ fuerunt, velit deicere ? sed non puto. non enim dubito, quin sic palam sit agriculturæ nociturus, quod eum facere prohibet Ulpianus. Nam ad agriculturam omnia hæc pertinere , vel Cato ostendit, *Dere rustica c. 1. Pradium*, inquit, quod pri-

num fiet, si merogabis, sic dicam. De omnibus agris optimoque loco si emeris jugera agri centum, vinea est prima, si vino multo fiet, secundo hortus irriguus, tertio salictum, quarto oletum, quinto pratum, sexto campus frumentarius, septimo silva cadua, octavo arbutum, nono glandaria silva. Verum demus, e metallis majores sperari redditus, quam e vineis, olivetis, aut arbutis. an ideo dicemus, dejecturum ea fructuarium? nequaquam. Atqui Ulpianus *d. l. 13. §. 5. D. de usufructu*, Et si forte, inquit, in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis qua fuerunt; forsitan etiam hac de jicere poterit. Qui potest? ut enim praterream, *spem* (auctore Seneca, *Epist. x.*) incerti boni nomen esse: quis, nisi stultus, aut insanus, vineas, vel arbuta, vel oliveta, metallis mutet magnis praesertim impensis quas ea fodinae desiderant, nisi ex his majores speret redditus, quam ex vineis, arbutis aut olivetis? nemo unus. non enim fodinae ad amoenitatem, in quam impensa etiam stultae & inanes plerumque fiunt, sed ad utilitatem, referuntur. Ulpianus tamen non patitur, fructuarium metalla instituere, nisi si non sit necessariam agri partem huic rei occupaturus, neque agriculturae nociturus. Igitur si ad Ulpianum spectamus, non debet fructuarius, quo ex metallis majores inveniat redditus, quam ex agricultura, vel vineas, vel arbuta, vel oliveta de jicere: quia non debet metalla instituere spe majoris utilitatis; nisi his non sit occupaturus necessariam agri partem, nec agriculturae nociturus. Et si rem putamus: quod fructuario jus est, constituto ei non dominio, quod fructu libero atque infinito censetur; sed usufructu, hoc est, fructu qui usui coercetur, & ideo proprietarii modo ac rei conditione circumscribitur: ut de domini utilitate, eo invito, disponat, & alieni fundi usum faciat alium, quam ei dominus concessit? Atque hoc Neratius in domus usufructu indigitat *l. 44. D. de usufructu*: nec is tantum, sed Ulpianus quoque *l. 7. §. ult. & l. 8. D. eod. tit.* Adeo quoties de fructuarii jure disputatur, numquam quaeritur, quantos percipiat fructus, sed an eos quos percipit, ad rei conditionem percipiat. An aliud agit Ulpianus *l. 13. §. ult. D. eod. tit.* scribens, si domus usufructus legatus sit, fructuarium illic meritoria facere non debere; nec domum per caenacula dividere; nec balneum ibi facere; & si balneum sit in domo, usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diætasaemenas, non recte, nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit; ut publice lavet? Sed res certa; & subjicit Paulus *l. 14. D. eod. tit.* Licet multo minus ex ea re fructum percipiat, sic Florentiae editur: sed scribo, *fructum*; id est, *fructuum*: quomodo est in aliis libris. Scio, Dionysium Gothofredum, V. Cl. ad *d. l. 13. §. 5. lit. E.* domum separare a fundo: & si fundi usufructus sit, existimare, eum vel formae mutatione meliorem a fructuario fieri posse; si domus; non posse: alteroque casu annonae utilitati, altero urbis decori adversus ruinas consuli. Sed ea Gothofredi sententia minime vera est. Primum, quod periculum est: ne urbs ruinis deformetur; si fructuarius aedium parietibus qui rudes essent, novum tectorium, id est, novam incrustationem, velit impondere? Negat tamen Neratius, facturum id suo jure fructuarium *d. l. 44. D. eod. tit.* Sed & si balneum in intima domo solitum sit vacare domi-

nicis usibus, atque id locare coeperit fructuarius, ut publice lavet; aut si in domo diversoria, vel alia meritoria facere velit; quis metuat, ne sic ruina urbis dignitas deformetur? Tamen haec & similia fructuario concedenda esse, Ulpianus negat *d. l. 13. §. ult.* nec aliam ob causam, quam quod non recte, nec ex boni viri arbitratu, sit facturum. Non igitur placet Gothofredi sententia, quantum attinet ad urbana praedia. Nec venustior est circa rustica. quidem annonae cum lapidicinis aut metallis de quibus loquitur Ulpianus *d. l. 13. §. 5.* cum praesertim non hic quaerat Ulpianus, utrum lapidicinae, aut metallifodinae, possint a fructuario converti in agros fertiles; sed an vineae vel arbuta vel oliveta possint a fructuario de jici, ut venas lapidicinarum & hujusmodi metallorum inquirat. qua in re tantum abest, ut annonae favor vertatur: ut e contrario quaeratur; an agriculturae nocere possit fructuarius, lapidicinis & metallifodinis institutis; modo si ex his majores redditus, quam ex vineis, arbutis, vel olivetis, id est, ex agricultura, sperare possit. Non igitur probari potest Gothofredi sententia: verumque est, fructuarium, neque a domus, neque a fundi, conditione recedere posse; sive deteriore, sive meliorem, utiliore, domum aut fundum facere velit. Nec jam verbis opus. intelligitur ipsius testimonio Ulpiani: in *§. 4. d. l. 13.* hoc est, eo in loco ex quo in *§. 5.* facit deinde illationem ad metallifodinas, lapidicinaeque, sic scribentis, *Si forte voluptare fuit praedium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes, arboribus infructuosas opacas atque amenas habens, non debet de jicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad redditum spectet.* Postremo non omitam, quod Ulpianus *§. 6. in sequente*, id est, ipso in loco quo de agitur, scribit, fructuarium, instituentem metalla, quae aut agri cœlum corrumpant, aut majorem apparatus sint desideratura, quam sustinere possit proprietarius, non videri boni viri arbitratu frui. Hoc enim quo pertinet? nisi ut prober, eum, quamvis ex metallis majores, quam ex agricultura, redditus sit percepturus, tamen agriculturae quam invenit, conditionem mutare non posse. Haec, inquires, quo pergunt? nempe, ut ostendam, hunc verum qui est *§. 5. d. l. 13.* Et si forte in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis qua fuerunt, forsitan etiam hac de jicere poterit, Ulpiani verbis misceri male: cum sit Interpretis, Veteris quidem, sed neque ad Ulpiani mentem, neque ad Juris rationem attendentis; & sequentia Ulpiani verba, *Siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, inconsideratius explicantis. An est probabile, Ulpianum, id est, hominem doctum, ac sapientem, in re minime controversa, scripsisse secum, & cum Civili Jure, tam manifeste pugnantia? Mihi quidem non placet; etsi non ignoro, eum verum etiam existare apud Græcos, *Basilic. lib. 16. tit. 1. tom. 2. pag. 250.* Sed id non alio pertinet, quam ut liqueat, jam olim deformatum eo fuisse Ulpianum. Igitur ut hunc Græci quoque indigent, tamen ne Ulpiano somnus, ne quid gravius dicam, surrepsisse videatur, ego eum interpolatione tam seditiosa & male coherente liberandum censeo. interim quo clarius fiat Ulpianae forma dissertationis, uno conspectu integram exhibebo, junctis verbis *§. 4. §. 5. & 6. d. l. 13.* *Fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet: meliorem*

liorem facere potest. Et aut fundi est ususfructus legatus, & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis. † Et si forte voluptare fuit pradium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amanas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretis fodinas, vel arenis fodinas ipse instituere possit? Et (ego) puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. † Proinde venas quoque lapidicinarum, & huiusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & aris, & ferri, & ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agricultura nocebit, * siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. Si tamen quae instituit ususfructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum apparatus sint desideratura, opificum forte vel legulorum quae non potest sustinere proprietarius: non videbitur boni viri arbitratu frui.

A §. 3. d. l. 9. D. de usufructu pergo ad §. 4. mox insequentem. dixi enim de fundi parte quae jam fuit tempore constituti ususfructus. potest vero etiam esse inspectio circa partem deinde subnatam. verba ejus §. sunt. Huic vicinus tractatus est qui solet in eo quod accessit tractari: & placuit, alluvionis quoque ususfructum ad fructuarium pertinere. sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus ususfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit; licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum cujus ususfructus ad te non pertineat. quae sententia non est sine ratione. nam ubi latitet incrementum, & ususfructus augetur: ubi autem apparet separatam, fructuario non accedit. Proponitur insula in flumine nata juxta fundum fructuarium. etiam proponitur fundo fructuario pars accessisse per alluvionem. & quaeritur, an utraque augeatur fundi ususfructus? poterat videri: eo quod utraque augeatur fundi proprietas. Sed non placet Ulpiano, a pro-

* Et si forte in hoc quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam hac deicere poterit.

prietate fieri argumentum ad ususfructum. adeo distinguit insulam in flumine natam juxta fundum fructuarium, ab ejus incremento per alluvionem. negat autem, ea insula augeri jus ususfructus fundi; licet proprietati accedat insula: & pro ratione addit; quod ea insula non est pars fundi fructuarii; sed est ab illo evidenter separata. licet igitur proprietarii fiat, tamen non auget ususfructum; quia habetur velut proprius fundus, cujus ususfructus ad fructuarium non pertinet. ceterum alluvionis incrementum fundo fructuario ita paulatim adjicitur: ut non appareat, quoquo temporis momento, quantum ei adjiciatur. placet igitur latentis hujus incrementi ususfructum ad fructuarium pertinere: quia quidquid accrescit quoquo tempore, est pars fructuarii fundi. nec abs re videtur, eum qui potest totius fundi ususfructum suum dicere, singularum partium fundi ususfructum suum dicere. quae igitur parte per alluvionem augetur fructuarius fundus, ea parte ejus ususfructus augetur. Sic Ulpianus. At Paulus, lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 25. Accessio, inquit, alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet. Ita editur. male. corrigo: Accessio alluvionum ad fructuarium, quia fructus fundi non est, non pertinet. Delevi verbum, fundum: quo deleta, est sensus justus & Ulpiano consentiens. non enim jam negat Paulus, fructuarii fieri ususfructum alluvionis, velut partis: sed negat, alluvionum accessionem, quasi fundi fructum, ad fructuarium pertinere. verissime. non enim nascitur ea alluvio ex corpore fundi; neque igitur fructuarii est, sed proprietarii. nihilominus quia fundi pars est; ideo verius est, ejus fructum ad fructuarium pertinere. Dixi quid mihi venerit in mentem. hoc vero in familiari sermone ubi aliquando communicabam cum Eruditissimo meo amico, & cognato, Antonio Schultingio, Jurisconsulto & Antecessore Franckerano, incidebat ei, post aliquam deliberationem, posse legi, Accessio alluvionum ad fructuarium fundi, quia fructus fundi non est, non pertinet. eodem plane sensu, sed minore molimine. quod nolui reticere.

CAPUT VII.

Sub usufructu fundi contineri ususfructum instrumenti fundi. an fructuarii sunt venationes, aucupia, piscationes? & quid in seminario, salicto, harundineto, silva palari, silva cadua, aut alia?

Igitur dato fundi usufructu, datus esse intelligitur ususfructus omnium partium fundi. An & instrumenti fundi? succurrit: quod instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio l. 12. D. de instructo vel instrumento legato: at fundi pars non est: sicut nihil fundi est, nisi quod terra se tenet l. 17. D. de actionibus empti & venditi. igitur nec fundo legato, aliter legato cedit instrumentum, quam si hoc specialiter a testatore sit expressum l. ult. D. de suppellectile legata. Obtinuit tamen, legato fundi usufructu, etiam instrumenti ususfructum ad fructuarium pertinere l. 15. §. 6. D. de usufructu: puto, quia ususfructus fundi in utendo fruendo eo ad certum modum & ad tempus absolvitur. contra perpetua est proprietates, & omnes in infinitum utilitates admittit: prorsus ut mutari & alienari possit. adeo nul-

la necessitas est, fundo legato, rem accipi: quasi legatum videatur fundi instrumentum; eo quod licet legatario eo fundo, si non ad testatoris, certe ad suum modum uti. non ita est, legato fundi usufructu. tum enim tuadet interpretatio voluntatis defuncti, non minus instrumenti, quam ipsius fundi ususfructum legatum videri: quia absque eo foret; facilius posset possessio a fructuario ad suum, quam ad proprietarii, modum exerceri. igitur ut fundi instrumentum proprie non sit pars fundi: tamen domini destinatione paratum est fructus causa, a fructuario non suo, sed domini arbitrio percipiendi. pertinet igitur ad fructuarium, legato fundi usufructu, non tantum fundi, sed & instrumenti ejus ususfructus. nisi (quod Ulpianus monet d. l. 15. §. 6.) contraria sit testatoris voluntas: supervacua, si illa liqueat,

liqueat, interpretatione. cæterum placet Ulpiano in l. 8. *D. de instructo vel instrumento legato*, in fundi instrumento ponere parata fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia: simul illa in lege & sequentibus plurima enumerare exempla. sed in d. l. 15. §. 6. adfert cupas & dolia, cum defossa, tum alia: præterea serias, etiam cados & amphoras: de quibus quia egit ex professo V. CL. Guido Pancirollus lib. 1. *Thesaur. var. lect. c. 61. & c. 64.* non agam actum.

Potius attingam venationes, aucupia, piscationes, puta, ornithones, leporaria, piscinas (quæ tria genera villaticæ pastionis facit M. Varro, *De re rustica* lib. 3. c. 2. ex eoque A. Gellius lib. 2. *Noct. Attic. c. 20.*) & est pulchræ, nec satis expeditæ quæstionis, an illorum quoque ususfructus ad fructuarium pertineat. sane feræ, aves, pisces, qui in fundo sunt, non sunt fundi fructus: non enim ex fundo nascuntur. non etiam sunt fundi partes: nam, ut ante dixi, nihil fundi est, nisi quod terra se tenet l. 15. 16. & 17. *D. de actionibus empti & venditi.* tamen si vivaria sint, id est, ut A. Gellius d. loc. interpretatur, septa loca in quibus feræ vivæ pascuntur: aut ornithones, quæ ex Varrone eidem Gellio sunt omnium alitum quæ intra parietes villæ solent pasci: aut piscinæ, quas Varro ait in aqua dulci aut salta inclusos habere pisces ad villam: (Gellius sic definit, *Lacus & stagna quæ piscibus vivis coercerentur, clausa suo atque proprio nomine piscinas nominaverunt*) si, inquam, in fundo sint vivaria, ornithones, aut piscinæ, cum utique ad hoc habeatur fundus, ut ex venatione, aucupio, aut piscatione fructus aut redditus percipiat; ut multis docet Varro d. lib. 3. c. 1. & seqq. non absurdum fuerit, quæstum ex feris, avibus, aut piscibus perceptum, fructuarii fieri l. 9. §. 5. *D. de usufructu*: quia jam feræ, aves, ac pisces, ut non sint fundi fructus, aut partes, adhuc in fundi instrumento habentur l. 11. l. 12. §. 12. & 13. *D. de instructo vel instrumento legato*: cujus instrumenti ususfructus, nisi contraria sit testatoris voluntas, ad fundi fructuarium pertinet l. 15. §. 6. *D. de usufructu*. Quod, si non sint vivaria, aut ornithones, aut piscinæ, sed stagna, aut silvæ non circumseptæ? magis est, ut venatio aut piscatio non sit in fundi fructu. hoc Julianus vult libro sexto ex Minicio: negans, *Venationem fructus fundi esse, nisi fructus fundi ex venatione constet* l. 26. *D. de usuris*. Quamquam id sic accipiendum est, ut fructuarius, etsi fructus fundi non constet ex venatione, nihilominus suo jure possit venari in fundo fructuario, nam posset hoc facere suo jure, etsi non haberet fundi usumfructum: nisi a domino prohiberetur eum ingredi venandi gratia. quid ni igitur in eo venari possit, habens usumfructum, & per eum accipiens jus ingrediendi fundum, etiam invito domino: licet fundi fructus non constet ex venatione, tendit huc Tryphoninus l. 62. pr. & §. 1. *D. de usufructu*: sed obscuriore via, quam conveniat publico usui, dabo igitur operam: ut ei aliquam affundam lucem, & quæstionem curiosæ definitionis distinctius explicem: verba Tryphonini sunt. *Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur. nec aprum aut cervum quem ceperit, proprium domini capit. sed fructus aut jure (civili) aut gentium suos facit.* §. 1. *Si vivariis inclusæ feræ in ea possessione custodiebantur, quando ususfructus cœpit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? alias, si quas initio inclusæ operis suis, vel (post) sibi met ipsa inciderint delapsæ fuerint, hæ fructuarii juris sint? commodis-*

sime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem, jus incertum sit, sufficit eundem numerum, per singula quoque genera ferarum finito usufructu domino proprietaris assignare qui fuit cœpti ususfructus tempore. Quia Tryphonini disputatio est de venatione in saltibus vel montibus fructuariæ possessionis seu fundi, an e monebo, Saltum a Gallo Aelio libro Significationum quæ ad jus pertinent, apud Festam ita definitur; *Saltus est ubi silvæ & pastiones sunt, quarum causa case quoque. Si qua particula in eo saltu pastorum aut custodum causa aratur, ea res non peremit nomen saltus.* Etiam addam, quod Virgilius lib. 1. *Georgic. vers. 140.* tales saltus vocat magnos, cum iisque venationem jungit, Tryphonini exemplo, *Magnos, inquit, canibus circumdare saltus.* Et lib. 2. vers. 471. *Illic saltus ac lustra ferarum.* Nunc reliqua persequar. Ait Tryphoninus fructuario licere in saltibus vel montibus fructuariæ possessionis venari: sive in ea sit vivarium, sive non sit: ac si quem aprum aut cervum capiat; non proprium domini, id est, ut mea fert opinio, non utique, sive non semper, proprium domini capere. nam si non sit vivarium; nullius esse aprum aut cervum, libere vagantem in possessionis saltibus aut montibus non circumseptis; ideoque captum a fructuario, ejus fieri occupatione, non civili ususfructus, sed gentium Jure. quod si sit vivarium, circumseptis saltibus aut montibus possessionis, in eoque vivario capiat fructuarius aprum aut cervum a domino inclusum; proprium domini capere; & captum neque civili, neque gentium jure suum facere: tantum illi jus esse, ea fera, quasi fundi instrumento, uti frui salva ejus substantia. sic in apro aut cervo. Quid, si non ipsum capiat; sed fructus? Ait Tryphoninus, *Sed fructus aut jure civili, aut gentium suos facit.* Tryphoninus fructus pro fœtu accipit: quomodo Manilius lib. 4. de ariete loquens, in-

In jugulumque dabit fructus & mille per artes

Vellera, diversos ex se parientia questus.

Et apud Gajum l. 28. *D. de usuris*, *In pecudum fructuetiam fœtus est: sicut lac, pilus, & lana.* Apud Varonem quoque lib. 3. *De re rustica c. 2.* sic extat. *In plano cohors in qua pascebantur gallinæ, & earum fructus erant ova & pulli.* Distinguit igitur Tryphoninus feram a fructu, id est, ab ejus fœtu: volens, feram quidem occupatione non fieri fructuarii: præterquam si nullius est; ut, si non sit vivario inclusa: sed ejus fœtum semper fructuarii fieri vel gentium, vel civili jure: illo, si ipsa fera, id est mater, nullius fuerit, non circumsepto fundo: hoc, si domini sit; ab eoque in fundi instrumento habeatur. finge, (quod est exemplum §. 1. d. l. 62.) in possessione sunt vivaria; & cum cœpit ususfructus, his inclusæ feræ, puta, apri vel cætera silvestria animalia, in ea possessione custodiebantur: (pro Veterum more de quo M. Varro, etiam A. Gellius d. loc. & Plinius lib. 8. *Nat. hist. c. 52.*) quærit Tryphoninus, utrum fructuarius ea exercere quidem possit; occidere autem non possit? ea quæstio continetur his Tryphonini verbis, *Num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit?* Sed huic quæstioni tacita inhæret responsio; etsi non appareat palam: usitata Veteribus ratione quam sæpe a libi indicamus. sensus: si, cum cœpit ususfructus, feræ vivariis inclusæ, in ea possessione custodiebantur; poterit fructuarius eas exercere; non poterit occidere. *Exercere autem feras* Accursius exponit, cum feris ludere; eamque sententiam sequi-

tur V. CL. Antonius Dadinus Alteserra, ad Tryphonini lib. 7. Disputat. in expositione d. l. 62. nam *feras exercere* interpretatur, *eas dumtaxat agitare delectationis causa*. Male, non id egit Tryphoninus. dixit, *fructuarium feras exercere*, pro habere feras ex quibus capiat utilitatem. quo sensu Ulpianus in l. 4. §. 2. D. de edendo, Labeo, inquit, scribit, *patrem non cogendum (edere)*; nisi sciens eo argentaria exercetur. Sed recte Sabinus respondit, tunc id admitendum, cum patri quæstum refert. Similiter ait Ulpianus, *navem, cauponam, stabulum, exercere* l. 1. §. 2. §. 5. D. Nauta, caupones, stabularii: qui habet navem, cauponam aut stabulum, ut utilitatem ex iis percipiat. Et exercitorem esse ad quem obventiones omnes & redditus perveniunt l. 1. §. 15. D. de exercitoria actione. Eodem sensu ait, *fructuarium & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri fodinas exercere* l. 13. §. 5. D. de usufructu: cum ex his utilitatem percipit. Item, *Instrumentum esse* apparatus rerum diutius mansurarum sine quibus exerceri nequiret possessio l. 12. D. de instructo & instrumento legato: id est, in meliorem usum & fructum formari. sic enim Nonius c. 4. De Varia significatione sermonum exponit verbum *exercere* in eo Virgilii lib. 1. Georgic. *Exercetque frequens tellurem atque imperat arvis*. Igitur si feras vivariis inclusæ, in ea possessione, seu eo in fundo custodiebantur; cum cæpit usufructus: vult Tryphoninus, esse fructuario jus, eas exercere, id est, ad quæstum & redditum habere; non etiam occidere. Atqui utrumque domini proprietatis jus est. Scio; & docuit me Columella De re rustica lib. 9. c. 1. sequentibus verbis, *Fera pecudes, ut capreoli, damaque, nec minus brygum, cervorumque genera & aprorum modo lautitiis ac voluptatibus dominorum serviunt, modo quæstui ac redditibus*. Idem in præfatione ejusdem libri. *Mos antiquus lepusculis capreisque ac similibus feris juxta villam plerumque subjecta dominicis habitationibus ponebat vivaria, ut & conspectu suo clausa venatio possidentis oblectaret oculos, & cum exegisset usus epularum, velut e cella promerentur*. Sed non quod domini proprietatis jus est, etiam hic fructuarii esse Tryphoninus putat. Igitur si cum cæpit usufructus, feras vivariis inclusæ, in ea possessione custodiebantur, potest eas fructuarius exercere; id est, ad redditum & quæstum habere occidere non poterit: quia feras vivariis inclusæ a proprietario, ejus sunt l. 3. §. 14. D. de acquirenda vel amittenda possessione: sicut equi, boves, & similia, fundo exercendo comparata, domini proprietatis sunt; ab eoque in fundi instrumento habentur l. 8. D. de instructo vel instrumento legato; & a fructuario exerceri possunt, occidi non possunt. Sic, si usufructuarius accedens, ad usum fructum, repperit feras vivariis a proprietario inclusas. Quid, si quas ipse initio operis suis inclusit, vel si quas sua sponte inciderint, delapsæve fuerint? Ait Tryphoninus, has fructuarii juris, id est, domini ejus fore. Et recte. nam ante nullius fuerunt: vivario autem inclusæ a fructuario, ab eo & possideri & adquiri intelliguntur d. l. 3. §. 14. possunt igitur ab eo non tantum exerceri, sive ad quæstum haberi: sed etiam occidi. interim difficilis fuerit discretionis, quæ animalia ex singulis generibus, tempore constituti usufructus, in vivariis fuerint, & quæ deinde ex his nata, aut fructuarii operis in ea dilapsa sint: eaque obscuritate facile possit incertum ac prope inutile fieri jus usufructus. eam igitur ob causam suadet Tryphoninus (quod esse boni Jurisconsulti, libro De Erematicis Mode-

stini, pridem demonstravit amicus meus, Henricus Brenckman, Jurisconsultus, egregia doctrina, ut spero, allaturus brevi magnum arti nostræ incrementum) cogitari de eumatico sive temperamento quo adjuvetur fructuarius adversus juris subtilitatem, id temperamentum continetur his ejus verbis: *Commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem jus incertum sit, sufficit, eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito usufructu, domino proprietatis assignare qui fuit cæpti usufructus tempore*. Tryphoninus significat, fructuarium, ne ob difficilem discretionem, utrum animalia jam in vivariis fuerint tempore constituti usufructus; an post demum in ea illapla, ibi venata fuerint, jure suo uti impediatur, posse & hæc, & illa occidere: modo per singula quæque ferarum genera domino proprietatis eundem assignet numerum qui fuit tempore cæpti usufructus. Quod, puto, æquum est: sed neque nostris est insolens, propter difficilem discretionem, indulgere quod alioquin non esset licitum. Sic, si in fundo sint vivaria.

Quid, si sint apiaria? quæ Varro *μελισσοποιας*, & mellaria appellat: ut A. Gellius refert lib. 2. Noct. Attic. c. 20. Puto, eorum quoque fructum ad fructuarium spectare: idque indigitare Ulpianum l. 9. §. 1. D. de usufructu sequentibus verbis; si servamus lectionem Florentinam. *Et si apes in eo fundo sint, earum quoque usufructus ad fructuarium pertinet*. Sic habent Pandectæ Florentini; Græci quoque: sed in aliis libris pro *apes* constanter scribitur, *lapides*. quam scripturam supra magis probavi: etsi nec Florentinam damnarem, utcumque erit: si in fundo sint apes, & fundi redditus etiam ex melle constet; magis est, eum quoque redditum ad fructuarium pertinere: quia verum est, jam apes sub fundi instrumento contineri l. 12. §. 13. §. 10. D. de instructo vel instrumento legato.

Simile putemus de seminario, salicto, harundineto, silva palari. est vero de his diligens, sed obscura, disputatio Ulpiani, & Pomponii, l. 9. §. 6. §. 7. utem l. 10. D. de usufructu: nec pigebit me, eorum verba meo more interpretari; initio facto ab Ulpiano. verba §. 6. *Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere: ita tamen, ut & vendere ei & seminare liceat. debet tamen conferendi agri causa seminarium paratum semper renovare, quasi instrumentum agri; ut finito usufructu domino restituantur*. §. 7. *instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam & si fundi usufructus fuerit legatus, & sit ager, unde palo in fundum, cujus usufructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel arundine: puto fructuarium hæcenus uti posse, ne ex eo vendat. nisi forte salicti ei, vel silvæ palaris vel arundineti usufructus sit legatus: tunc enim & vendere potest. Nam & Trebatius scribit, silvam caduam & arundinetum posse fructuarium cadere, sicut paterfamilias cadebat: & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti; ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi*. Primum agit Ulpianus de seminario, quod alio nomine vocatur plantarium: estque locus in quo vitium arborumve plantæ, quas Veteres appellabant semina, ad hoc habentur: ut adultæ cum radicibus inde transferantur in pomaria vineasve. id (ne adducam alios jam citatos a Budæo, V. CL. Annotat. ad Pand. pag. 207.) ostendit Ulpianus l. 3. §. 4. D. Arborum furtim casarum: Si quis, inquit, stir-

igitur e seminario arborem transtulerit, antequam terram comprehenderit, arborem videri. Igitur legato usufructu fundi in quo sit seminario: ait Ulpianus, d. §. 6. seminarii fructum ad fructuarium pertinere: utique (sic opinor) si in fundi redditu habeatur, more cæterarum partium fundi. nam legato fundi usufructu, legatus intelligitur usufructus omnium partium fundi. legatus igitur videtur seminarii usufructus, tamquam partis. quo modo? ait Ulpianus, ita ut ei & vendere & seminare liceat, nam & proprietatis dominus eo seminario ususest ad compendium: id est ad hoc, ut vendat & seminet. quod si paratum habuit seminario agri conferendi causa: (ut oportere bonum patremfamilias, ait Collumella, *De rer. rustic. lib. 5. c. 6.*) contra censet Ulpianus §. 6. d. l. 9, ita demum fructuarii fore ejus fructum: si eo utatur pro fundi instrumento: id est, ut habeat ex quo vites plantasve substituat in locum demortuarum arborum viriumve: non item, ut vites plantasve vendat. qua ratione? ait Ulpianus d. l. 9. §. 7. quia habet instrumenti fructum; vendendi facultatem non habet. potest igitur fructuarius seminario, agri conferendi causa parato, uti tamquam instrumento ad agri usum; non ad suum compendium satis de seminario. videamus de silva palari, salicti, & arundineti, in quibus plane similia. Optime sane Columella lib. 3. c. 3. solere hanc quoque dotem, id est, ut inquit, instrumentum vineis preparari. Et addit lib. 4. c. 30. *Hec quasi quadam dores vineis ante preparantur, quibus si deficitur agricola, causam faciendi vineta non habet, cum omnia quæ sunt necessaria extra fundum querenda sint, nec emptionis tantum (sicut ait Atticus) pretium onerat rusticirationem, sed est etiam comparatio molestissima. convehenda sunt enim tempore iniquissimo hyberni.* Hoc eo lubentius adscripsi: quia non est ab aliis adductum; atque interim proderit præsentī loco: etiam eo clarior fiet ratio legati annui ex silva palari, vel salicti, vel arundineti, relictī prædio, opportunitate ejus instrumenti destituto, in l. 12. *D. de annuis legatis*, & in sequente capite testamenti M. Megonii, apud Gruterum, *Corp. Inscript. pag. 215. Inscr. 2.* Hoc. AMPLIUS. AB. HEREDIBUS. MEIS. VOLO. PRAESTARI. REIP. PETELINORUM. ET. A. REP. PETELINORUM. CORPORI. AUGUSTALIIUM. EX. PRAEDIS. CETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATU-
RAE. VINEAE. QUAM. AUGUSTALIBUS. LEGAVI. Igitur finge, legatum esse usumfructum fundi; in eoque esse agrum, unde palo in fundum cujus legatus est usufructus, uti solet paterfamilias: finge, salicem esse: finge, harundinem. ait Ulpianus d. §. 7. l. 9, tantum usumfructum his fructuarium pro fundi instrumento: non etiam ut vendat. scilicet, quia & paterfamilias iis non aliter, quam pro fundi instrumento utebatur; nec potest fructuarius re fructuaria, ejusve instrumento aliter, quam ad modum patrisfamilias uti. Non idem est; si in his quoque fundi vectigal esse consuevit: nam tum cæsarum arundinis vel palii compendium ad fructuarium pertinere, Paulus

scribit l. 59. §. 2. *D. de usufructu*: satis convenienter his quæ dixi de seminario, ad compendium parato. Mirro Paulum. quid Ulpianus? idem d. §. 7. l. 9. his verbis, *Nisi forte salicti ei vel silva palaris, vel arundineti ususfructus sit legatus: tunc enim & vendere potest.* Sensus est, Si forte relictus sit usufructus salicti, vel silvæ palaris, vel arundineti, non tamquam instrumenti fundi, sed ut salicti, vel silvæ palaris, vel arundineti, cædi & vendi soliti, tum fructuarium cædere ac vendere posse. Et adfert Ulpianus hanc Trebatii sententiam. *Nam & silvam cæduam & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias cadebat, & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti.* Nimirum, quia non spectant alio, quam ad fructum, vult igitur Ulpianus d. l. 9. §. 7, relictō usufructu cæduæ silvæ, eam, quamvis soleat saltem in usum patrisfamilias cædi, non hætenus quoque, ut cæsa vendatur: tamen quatenus a patrefamilias cædi solet, posse a fructuario cædi, & cæsam vendi. & præfatur Ulpianus, esse id ad modum referendum, non ad utendi qualitatem. hoc in tantum, ut fructuarius etiam in tempestive cædere possit; perinde, ut in fœno & oliva immatura dictum supra. Dedi quam promissi lucem Ulpiano d. l. 9. §. 6. & 7. *D. de usufructu.*

Petit & sibi præferri aliquam Pomponius l. 10. *D. eod. tit.* ait, *Ex silva cædua pedamenta & ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non cædua in vineam sumpturum, dum ne fundum deteriore faciat.* Silva cædua, Gajo l. 30. *D. de verborum significatione* est quæ in hoc habetur, ut cædatur: modo succila rursus ex stirpibus aut radicibus renascatur. sic enim ex audio, quod ex Servio addit Gajus. etiam noto, quod Gajus separat stirpes a radicibus: quomodo Cicero lib. 2. *De natura Deorum*, Et, inquit, arborum omniumque rerum quæ alta aut radicibus a terra, aut stirpibus continerentur. Igitur Pomponius, huc enim venio, cæduam silvam distinguit a non cædua. & si cædua sit; patitur, fructuarium, quod solet cædi, ex ea auferre & vendere: & quidem, si sic cædua sit, ut ex radicibus renascatur, in fructu esse pedamenta: sin ex stirpibus resurgat, magis ramos: eosque fructus utroque in casu fructuarii arbitrio aut pro ligno adhiberi ad combustionem, aut pro perticis palisve ad vineam: sive ipse his sic uti malit, sive ea vendere aliis. quod in quibusdam quarto, in quibusdam septimo, in quibusdam ulteriore anno fieri, Plinius refert lib. 17. *Nat. hist. c. 20.* Hoc jus cæduæ silvæ: & ipsum a Græcis annotatum, *Basilic. lib. 16. tit. 1. in Scholio. tom. 2. pag. 265.* Quid, si non cædua sit? ait Pomponius d. l. 10. fructuarium ex ea sumpturum ad vineam; id est, ad palum & perticam; & consequenter ad materiam, non ad lignum. perticam enim & palum non pro ligno id est, non comburendi causa, haberi: sed materiæ annumerari; id est, ad ædificandum vel fulciendum adhiberi, constat ex l. 55. & 56. *D. de legatis lib. 3.* Ait igitur Pomponius d. l. 10. sumpturum ex his fructuarium non ad compendium suum, sed ad vineam: dum ne fundum deteriore faciat. grandes certe arbores non cædet, prohibente Paulo l. 11. *D. de usufructu.*

CAPUT VIII.

Adminicula, quibus eget ususfructus fundi, fructuario præstanda esse ab herede id observari: si legatus sit ususfructus fundi ad quem non sit aditus, nisi per hereditarium fundum. Quid, si is fundus a testatore sit legatus tertio; & heres eum possideat, aut legatario tradiderit? Quid, si ad fundum fructuarium non possit venire per hereditarium; & vicinus nolit per suum fundum concedere aditum ad fructuarium, ne precibus quidem aut pretio? fuisse hic aliud juris regulis receptum: aliud consuetudine. ea non inductam esse civilem actionem ad petendum aditum; sed interpellationem extra ordinem, sub specie persuasionis; cui tamen cohereret vis & auctoritas Prætoris; eumque colorem etiam alibi fuisse observatum in constitutione novi juris.

Proxima fundi instrumento sunt adminicula: id est, ea quibus eget fundi ususfructus. atque hæc fructuario competere, summæ rationis est: inutiles futuro usufructu non habenti sine quibus eum omnino nequeat percipere. sed hoc noluisse videtur testator, legans usumfructum. contra credendus est, ejus datione fructuario indulsisse omnia ad fructuum perceptionem necessaria: ut in antecessum est demonstratum. Ea ratione videtur testator, legans usumfructum fundi aditu destituti, per consequentiam ususfructus legasse aditum; si ne quo exerceri omnino non posset ususfructus, hoc: si de aditu nihil dixerit testator. verum quid, si usumfructum legaverit ita, ne heres cogatur viam præstare? puto, hoc inutiliter adjecisse: ne sibi contraxisse existimetur, simili ratione puto, si usufructu legato, iter adimat; inutilem esse ademptionem: quia semper sequitur usumfructum. proinde quid est? si legetur ususfructus fundi carentis itinere: ab herede non minus iter, quam usufructus debetur, utique, si possit heres fructuario præstare aditum ad fructuarium fundum per fundum hereditarium: qui est sensus Ulpiani l. 1. §. 1. D. Si usufructus petetur. sed quid, si non possit? finge: (qui est casus l. 1 §. 1. D. de usu & usufructu legato) testator habens duos fundos, legat unius proprietatem Titio: alterius usumfructum Sejo. non est via ad fructuarium fundum, nisi per fundum legatum, quaeritur, an Sejo fructuario debeat servitus per fundum Titii? dices, deberi; & recte: quia usufructus sine ea nullus est. Verum a quo petet servitutem Sejus? non enim habet actionem in personam adversus Titium: quia cum eo non contraxit. nec magis habet confessoriam in rem actionem: quia non potest servitus deberi soli fructuario. ager igitur Sejus adversus heredem actione ex testamento. nisi & sic frustra ager: quomodo enim præstabit heres servitutem in fundo qui est jure legati statim Titii factus a morte testatoris; ac ne momento quidem substituit in persona heredis? si tamen in hereditate mansisset fundus per quem potest præstari via: exigeret eam fructuarius ab herede secundum voluntatem defuncti: qui ubi legat usumfructum, creditur quoque legare adminicula sine quibus percipi omnino nequit usufructus. nunc heres rei vindicatione conventus a legatario, ab eo petet: ut fructuario præstet jus transeundi, & in agris servetut forma quæ fuit vivo

testatore, sive donec usufructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redit. id si patietur legatarius; bene est; alioquin non concedet ei Prætor vindicationem fundi: nisi fructuario ex defuncti voluntate prius præstiterit jus transeundi per suum fundum d. l. 1 §. 1. D. de usu & usufructu legato. Eodemque vertit hoc Ulpiani l. 4 §. ult. D. de legatis lib. 1. Si duos fundos habens testator, alterius mihi usufructum, alterum Titio leget: aditum mihi Titius non debet, sed heres cogitur redimere aditum & præstare. Sensus Ulpiani. Heredem teneri, sua opera, suisque impensis fructuario redimere, id est, accipere, sive procurare servitutem. ut enim emere pro accipere apud Veteres ponebatur, auctore Festo in Redemptores: sic redimere aliquando transfertur ad qualemcumque aliam speciem redemptionis, quam pecunia factam. hoc modo Tacitus, Agricola c. 6. §. 3. Proconsul, inquit, in omnem aviditatem pronus, quantalibet facilitate redempturus esset mutuum dissimulationem mali.

Igitur si legetur usufructus fundi, indigentis itinere: fructuario tam iter, quam usufructus, ab herede debetur; modo si possit heres fructuario ad fundum fructuarium præstare aditum per hereditarium fundum, licet tertio legatum. Sed quid, si ne sic quidem possit? jam eveniet duorum alterum. aut enim inutilis erit usufructus, deficiente aditu: aut hic quoque ager fructuarius ex testamento adversus heredem: ut cum aditu sibi præstet usumfructum. Sed finge, heredem damnari ad præstationem aditus: quomodo præstabit aditum quem non habet? a vicino, inquires, petet precario, aut emet justo pretio. sed quid, si hic nolit ei aditum aut precibus aut pretio concedere? melius ominare. nil tamen quaero temere: nam si quis habeat fundum aut sepulchrum; iter ad fundum aut sepulchrum non habeat: ei iter a vicino aut precario dari, aut pretio vendi, semper quidem visum est viris probis æquum ac bonum: sed jam pridem ostendi in Julio Paulo, sive de partus expositione & nece, c. 10. & 11, quæ honestatis atque officii sunt, ut semper Juris præceptis commendentur; non idcirco Juris regulis contineri; & fori necessitate adstringi. id vero in proposito usu venit: si enim vicinus vicino indigenti itinere, nolit iter vendere aut precario concedere: cedo, quæ posita fuit Jure Civili actio qua vicinus teneatur vicino iter vendere aut precario dare? nulla. Ne res careat testimonio, adducam Cice-

Ciceronem, de suo tempore ita loquentem, *Pro S. Roscio Amerino*. Multa simul ante oculos versabantur: mors hominis florentissimi S. Roscii crudelissima: filii autem ejus egestas indignissima; cui de tanto patrimonio prado iste nefarius ne iter quidem ad sepulchrum patrum reliquisset. Interim quod Ciceronis tempore passæ non sunt Juris regulæ, induxit deinde adversus eas consuetudo: non quidem directo, sed adhibito schemate. utrumque (meretur enim res) demonstrabo. de consuetudine ita Ulpianus *d. l. 1. §. 2. D. Si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento uti agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi præstetur ususfructus*. Sic editur Florentiæ. in aliis libris est. *Ad quem aditus non est, nisi per hereditarium fundum*. atque ab his stare videntur Græci, *Basilic. lib. 16. tit. 6. tom. 2. pag. 285*. Sed proba est Florentina lectio, *Ad quem aditus non est per hereditarium fundum*. definit enim Ulpianus in *§. 1. d. l. 1.* quid juris sit, cum non potest fructuario esse aditus ad fructuarium fundum, nisi per hereditarium. tractanda igitur in sequente *§. 2.* fuit alia species: in qua ne est quidem fructuario ad fundum fructuarius aditus per hereditarium: ideoque is petendus ei est per vicinum alium. de quo etiam quæri solitum fuisse, constat ex illo Marcelli *l. 10. D. de servitutibus prædiorum urbanorum*. Et de illo quæro, an per alienas ades accessum heres ad eam rem qua legatur præstare debet: sicut solet quæri, cum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum non potest. Sed de lectione Ulpiani satis. Transeo ad sensum. is sensus est: quod ei cui legatus est ususfructus fundi cui non sit aditus per hereditarium fundum, datur ex testamento actio adversus heredem: ut cum aditu sibi præstet usumfructum; etsi non possit ei dare aditum per hereditarium fundum: modo si possit eam a vicino emere, aut precario accipere. imo si non possit, nolente vicino iter vendere, aut precario concedere, certe non distinguit Ulpianus: puto, quia vicinus regulis Juris quidem non cogitur, nulla constituta actione jure ordinario: sed nihilominus potest extra ordinem cogi a Prætorē, vicino iter aut precario dare, aut pretio vendere. atque hoc Ulpiano non tantum in itinere placet, sed etiam in via, amplius in luminibus & aquis: modo fructuarius sine his omnino uti nequeat *d. l. 1. §. 3. & 4.* scilicet, ne quis suo dominio acerbè atque inhumane utatur: quo ejus vicino usus domini aut cuiuscumque juris inutilis sit adversus fidem, homini ab homine debitam jure humano, distinctis dominiis. Dedi Ulpiano sensum, atque eo probabiliorē: quia adjuvatur auctoritate Siculi Flacci, *De conditionibus agrorum*, de his omnibus ita scribentis. *Ad omnes autem agros semper iter liberum est. nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter præstatur, quæ etiam conveniunt precario, uti servitutem præstent his agris ad quos necesse habent transmittere pervium. nam & his verbis comprehenditur, ita ut optimus maximusque est. nam & aquarum ductus solent per alienos agros hoc jure transmittere. itaque ut diximus, via sæpe necessario per alienos agros transeunt: qua non universo populo itinera præstari videntur, sed eis ad quorum onera, & eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est*. Curiose Siculus Flaccus, atque ut decuit hominem Juris peritum, nisi quid turbat quod addit de fundo, ut optimus maximusque est, vendito. nostri enim Jurisconsulti ajunt, ea formula in emptione & venditione quidem agi; ut liber præstetur fundus: sed non æque, ut ei iter aut alia servi-

rus debeat *l. 75. D. de evictionibus*. optime tamen observat Siculus Flaccus, speciale jus esse: si deficiat ad fundum aditus per vicinalem viam: nam tum oportere a venditore præstari iter, vel precario impetratum a vicino: quia alioquin non videtur optimus maximusque tradi fundus: in quo non potest emptoris usus ac fructus esse sine aditu: ait igitur Siculus Flaccus, in hoc casu a naturali formulæ significatione recedi: suadente contrahentium animo, & sine negotii, non ad inane fundi sive proprietatis nomen, sed ad ejus emolumentum, effectumque respicientis. Probavi, ut promisi, consuetudinem. superest, ut ostendam formam, qua inducta sit adversus Juris regulas. puto autem, non directo esse inductam; sed adhibito schemate; atque id schema fuisse: ut si vicinus nolit vicino precario concedere iter ad fundum aut sepulchrum: possit vicinus cui iter deest, eum interpellare per Prætorē, ei perituum causa cognita: ne acerbè utatur domini jure: sed potius id aliqua temperet humanitate: usque adeo, ut vicino cujus alioquin inane jus sit, omni tempore iter det precario: motus necessitate jus faciente; cum non licet facere aliter. atque hujus generis precarium nescio an in sequente exstet Lapide, apud Gruterum, *Corp. Inscript. pag. 827. Inscr. 5.*

D. M. SERTORIA. PAULINA
FEC. M. DOMITIO. SUCCES
SO. CONIUGI. B. M. AD. HOC
SEPULCHRUM. ITUM
AMBITUM. OMNI. TEM
PORI. PERMISSUM
EST. AB. Q. SULPICIO.
EPITYNCHANO.

Sic: si vicinus patiatur, sibi a Prætorē persuaderi: ut vicino iter precario det omni tempore. quod si non moveatur reverentia Magistratus: obtinuit, eum compelli a Prætorē, iter vicino vendere justo pretio. utrumque indicat Ulpianus *l. 12. D. de religiosis*, verba sunt: *Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, & a vicino ire prohibeatur: Imperator Antoninus cum patre rescripsit, iter ad sepulchrum peti precario & concedi solere: ut quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc Rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: sed extra ordinem interpelletur. Præses etiam compellere debet, justo pretio iter ei præstari: ita tamen, ut Judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum*. Principio monendum est, quod Ulpianus hic tractat de itinere ad sepulchrum: non quod vellet, singulare in eo jus esse: sed quod interpretanti Edictum de religiosis occurrebat quæstio de sepulchro, carente itinere: sicut Severus & Antoninus consulti, de facto, in quo de erat iter ad sepulchrum, de eo rescripserunt: idem responsuri; si de alio rogati essent. adeo neque Ulpianum, neque Imperatores, in proposito movit favor religionis: sed generalis causa; ne post distincta dominia evanescat jus domini, effectum carituri ob defectum aditus: ut in antecessum demonstravi, hoc præmittendum fuit. nunc cætera exequar. proponitur ab Ulpiano factum: in quo quis dicitur sepulchrum habere, viam ad sepulchrum non habere & a vicino ire prohiberi. in eo facto adfert Ulpianus Rescriptum Impp. Severi & Antonini, non quasi jus

jus novum constituentium, sed quasi ad factum respondentium de jure jam certo & recepto. apparet: quia ait, rescripsisse eos Imperatores, solere, atque adeo tum moris fuisse, precario peti & concedi iter ad sepulchrum. quomodo? ut quoties non debetur, a vicino fundum adjunctum habente, impetretur persuasione Magistratus, verbi gratia Præsidis, interpellati, non ordinario jure, & civili actione, sed extra ordinem: id est, jure adversus regulas juris recepto singulari ratione: hoc enim significare id verbum, ostendi *lib. 2. De jurisdictione & imperio c. 4.* porro vicinum, si nec sic rationi cedat, a Præside compelli, vicino iter præstare justo pretio: ita ut Judex de opportunitate loci prospiciat; ne vicinus magnum patiatur detrimentum. Is Rescripti sensus. sunt autem Veteres, etiam alias usi illo schemate persuasionis: postulante utilitate, negligi Juris rigorem: plerumque tamen subnixi Principis auctoritate Rescripti: egressuri alioquin modum privatae jurisdictionis legibus alligatae. est eo ex genere egregium Divorum Fratrum Rescriptum, apud Ulpianum *l. 1. D. de ventre inspiciendo.* est & sequens hoc ejusdem Ulpiani *l. 1. §. ult. D. de liberis exhibendis.* Si quis suam suam, quæ mihi nupta est, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret: an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, & liberis subnixum, velit dissol-

vere? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur: quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat. Ulpianus (exponam enim locum) proponit matrimonium a filiafamilias, permittente patre, contractum, non Jure Civili, id est, usu farre, aut coemptione: (quo casu solveretur patriæ potestas) sed Jure Gentium solo consensu. (quo casu patriæ potestas non tollitur) ait vero Ulpianus, quod is pater ex regulis Juris tale matrimonium, licet concordans & liberis subnixum, id est, sine ulla causa justa, potuitolvere vi patriæ potestatis. verum hoc jure utimur: (id est, adversus Juris regulas usu obtinuit extra ordinem) ut pater, volens tale matrimonium dissolvere, sine magna causa, audiendus non sit: intercedente D. Marci Constitutione, qua mutatus est vetus rigor: (auctoribus Diocletiano & Maximiano *l. 5. C. de repudiis*) etsi non directo: sed ut patri persuadeatur; ne acerbe exerceat patriam potestatem. quin recepto hoc jure, deinde longius, ut sit, perrectum est. nam (quod Hermogenianus ait *l. 2. D. de liberis exhibendis*) huc itum est: ut magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam qui filiam in potestate habet,

a marito recte conveniatur.

CAPUT IX.

De oneribus fructuarii fundi.

Vidimus fundi commoda. expectas onera. oportet enim fructuarium non tantum frui, sed uti quoque: siquidem fructui usus inest; ut supra dictum. uti autem fundo est, fundum exercere ita, ut solet bonus paterfamilias. is vero non magis commoda aufert, quam onera sustinet, proinde apparet, & fructuarium tam fundi onera, quam ejus commoda, habere. Ulpianus sane haud dubitat, quin oporteat eum *salarium* vel alimenta ab eare relicta præstare: ita Florentiæ editur *l. 7. §. 2. in fin. D. de usufructu.* alibi legitur *solarium*: fortasse melius; ut alias monui. non æque probo, quod in Accursii exemplari scribitur, ab eo relicta. servanda hic Florentina lectio, ab eare relicta: quæ Græcis placeat; & exemplum invenit *l. 8. §. 1. D. de transactionibus.* Ait Ulpianus, debere fructuarium & arare, & colere, sed & arbores asserere *d. l. 7. §. 3.* Paulus *l. 18. D. de usufructu* generaliter ait, debere in locum demortuarum arborum alias substituere. recte: debet enim tueri fundum, qualis fuit, cum eum accepit. erat autem tum cum arboribus. debet igitur eum cum arboribus tueri. id fiet: si novas mortuis substituat. quod & paterfamilias solet; ne, si arboribus mortuis novas non substituat, fundum deteriore faciat. cæterum substituta, fundo quidem accedunt fructuarii voluntate; eoque fundi proprietatem sequuntur: at mortuæ sunt juris fructuarii pro cura & onere substitutionis *d. l. 18. §. 38. Inst. de rerum divisione.* Ita; si demortuæ sint arbores. quid, si everse sint vi tempestatis? fortasse idem dices; quippe solere bonum patrēfamilias evulsis vi tempestatis æque ac mortuis alias substituere. quod & præcipit Columella, *De re rustica, lib. 5. c. 6.* verba Columellæ hæc sunt. Qui volet frequens & dispositum arbusum paribus spatiis fructuosumque habere, operam dabit, ne emortuis arboribus rareseat, ac primum quamque senio aut tempestate af-

flitam summoveat, & in vicem novellam sobolem substituat. Sed aliud visum Paulo *l. 59. D. de usufructu.* ait enim, *Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii everas, ab eo substitui, non placet.* Nempe, ne fructuarius, obligatus novas substituere evulsis vi tempestatis, vicissim putet, evulsas sui juris esse oportere. quod etsi ei indulgeri possit, mortuis arboribus, ob exiguum ejus lucrum, & leve proprietarii damnum; arboribus præsertim grandibus rarius senio morientibus: evulsis tamen arboribus vi tempestatis, possit durius videri: maxime, si totus ager sit hunc casum passus; velitque fructuarius, ob novarum arborum substitutionem, omnes auferre arbores: quibus sæpe fundi emolumentum censetur. id igitur ne fiat cum notabili proprietarii damno; non placuit Paulo, novas arbores a fructuario substitui evulsis vi tempestatis *d. l. 59.* Et tamen Ulpianus *l. 12. D. eod. tit.* sic scribit. *Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum & villæ possensu fructuarii ferre, Labeo ait: nec materia eum pro ligno usurum, si habeat, unde utatur ligno. Quam sententiam puto veram: alioquin, & si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius. materiam tamen ipsam succidere, quantum ad villæ refectorem putat posse: quemadmodum calcem, inquit, coquere, vel arenam fodere, aliudve quid adificio necessarium sumere.*

Præter hæc quæ dixi fructuarii onera, ostendit alia Ulpianus *l. 27. §. 3. D. eod. tit.* primum est: Si quid cloacarum nomine debeatur. ita Florentiæ: dicitur autem hic, & in *l. 39. §. 5. D. de legatis lib. 1.* cloacarium, ut *solarium* ibidem, & in *l. 2. §. 19. D. Ne quid in loco publico.* quomodo etiam in *l. 7. §. 2. D. de usufructu* quædam exemplaria, & melius fortasse habent, *salarium.* eodem modo loca-

locarium, & columnarium, & linguarium dici, annotavit nuper Carolus Andreas Dukerus, Vir Doctissimus, ad *Var. opusc. de Latinitate Jurisc. Veter.* pag. 395. Deinde ait Ulpianus, *Vel si quid ob formam aqueductus quæ per agrum transit.* Est vero forma (quod ad Sidonium Apollinarem *Epist. 5. lib. 1.* indicat Johannes Savaro) canalis struictilis per quem aqua ducitur. In ejus formæ refectionem purgationemque ab his per quorum agros aqua transibat, annuatim contribui, intelligitur ex *l. 41. D. de actionibus empti*; & refert Vetus auctor, *De limitibus*, a Brissonio adductus *lib. 3. Select. antiq. c. xi.* Porro ait Ulpianus, *Sed & si quid ad collationem via.* Et hoc ex Siculo Flacco, *De conditionibus agrorum*, pag. 9. declarat Brissonus *d. c. xi.* tantum addam, quod viarum munitiones esse locorum, non personæ munera, constat ex *l. 14. §. 1. D. de muneribus & honoribus*, & *l. 11. D. de vacatione & excusatione munerum*. Rursus ait Ulpianus, *Et quod ob transitum exercitus confertur.* Ad hujus rei intellectum pertinet hoc ex Siculo Flacco pag. 25. a Brissonio quoque proditum *d. loc. Quotiens militi prætereunti, aliive cui comitatui annona publica præstanda est, si ligna aut stramenta deportanda, quærendum, quæ civitates, quibus pagis hujusmodi munera præbere solita sint.* Sicille; possitque ei jungi Rævardus *lib. 3. Conjectan. c. 6.* Pergit Ulpianus. *Sed & si quid municipio: nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere.* Nescio, an huc respiciat illud Arcadii Charisii *l. 18. §. 25. D. de muneribus & honoribus.* Præterea habent quædam civitates prærogativam, ut hi qui in territorio earum possident, certum quid frumenti pro mensura agri per singulos annos præbeant: quod genus collationis munus possessionis est. Postremo ait Ulpianus, *Solent & fisco fusiones præstare.* Apud Haloandrum legitur, *fusiones.* sed retinenda vox, *fusiones.* meininit ejus Glossarium vetus, quod est Philoxeni, a Leunclavio allegatum, *lib. 2. Notarum c. 25. & fusio quinta l. 6. Cod. Theod. de indulgentiis creditorum*: quod Cujacium vidisse primum, ait Rævardus *lib. 3. Varior. c. 13. & Jacobus Gothofredus ad d. l. 6.* In his fusionibus sunt stipendia & tributa. ea utique fructuario imponit Ulpianus *l. 7. §. 4. D. de usufructu.* Est autem tributum, quod ad alendum exercitum indicitur, præter solemnia vectigalia. Cicero, *lib. 2. De officiis c. 21. Danda etiam opera*

est, ne (quod apud majores nostros sæpe fiebat propter ærarum tenuitatem assiduitatemque bellorum) tributum sit conferendum. Et Pro Flacco. *In ærario nihil habent civitates, nihil in vectigalibus, duæ rationes conficiende pecunia, aut versura, aut tributo.* Et Ad familiares *lib. 12. Epist. 30. Conquiruntur (pecunia) undique, ut optime meritis militibus promissa solvantur: quod quidem fieri sine tributo posse non arbitror.* At stipendium est solemnne & anniversaria collatio. auctor Cicero, in *Verrem lib. 3. c. 5. Inter Siciliam, ceterasque provincias, judices, in agrorum vectigalium rationibus hoc interest, quod ceteris aut impositum vectigal est certum, quod stipendiarium dicitur, ut Hispanis & plerisque Pœnorum, quasi victoria præmium ac pœna belli.* Igitur stipendium solemnne, tributum temporarium est: alterum levius, alterum gravius habetur. utrumque Livius *lib. 33. c. 46. ostendit, Quia,* inquiens, *pecunia quæ in stipendium Romanis suo quoque anno penderetur, de erat, tributumque grave privatis imponere videbatur.* Sic Livius. nec aliter Theophilus ad *§. 40. Inst. de rerum divisione*: præterquam, quod is, post provinciarum divisionem ab Augusto factam, stipendium refert ad Populi, tributum ad Principis provincias: eo quod in his plerumque erant bella, in illis non erant.

Dixi, quid stipendium sit, quid tributum. & utrumque fructuarii onus haberi *d. l. 7. §. 4. D. de usufructu.* nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur, hæc quoque ab herede præstari *l. 52. D. eod. tit.* Atqui sunt onera rei ex qua nascuntur fructus. Sed rei propter fructus indicuntur: eoque fructuum onera habentur *l. 13. D. de impensis in res dotales factis*; præterquam si ab herede ea præstari jusserit testator *l. 52. D. de usufructu.* atqui nec sic a fisco liber erit fructuarius: ne alieno facto fiscalis forma mutetur *l. 42. D. de pactis.* adhuc igitur poterit fructuarius conveniri nomine fructuarii prædii *l. 7. D. de publicanis.* cæterum conventus habebit regressum adversus heredem *l. 52. §. 2. D. de pactis*, & *l. 5. D. de censibus.* Ne illud quidem prætermittendum, quod si temporariæ sint indicationes, vel etiam solemnne, atque ipsæ debitæ, indictæve ante constitutum usumfructum, ad heredis onus pertinent: post constitutum usumfructum indictæ aut debitæ, ad fructuarium spectant *l. 28. D. de usufructu legato. l. 39. §. 5. D. de legatis lib. 1.*

CAPUT X.

De domus sive ædium usufructu. quid domus, quid ædes? ædificia distinguui ab ædibus. domus aut ædium usufructu etiam partium usumfructum contineri. nec minus instrumenti; ut specularium & velorum; quando?

Sequitur, ut de usufructu domus, sive ædium, disputemus: sed primum, quid sit domus, quid ædes. Isidorus *lib. 15. Originum c. 3.* domum definit, unius familiæ habitationem. eamque ab ædibus distinguit Plautus, *Casina 3. 5. Insectatur*, inquiens, *omnes domi per ædes.* ac verisimile est, (quod observat Sanctius, *Minerva lib. 4. De Ellipsi, pag. 401.*) domus quidem appellatione totum quid significari: ædium vero, conclavia in quibus sint arcæ & cubilia. Sanctio sequentia favent Plauti verba. *Nec quemquam prope ad se finit adire: ita omnes sub arcis, sub lectis latentes metu mussitant.* Eodem redit quod dicitur, *est domi*: non, *est ædium*: item quod

domum in singulari dicimus numero: ædes in plurali; præterquam ubi templum indigitatur: quo casu hanc ædem dicimus; non has ædes: eo quod in templo non est conclavium, aliorumque locorum, distinctio quæ est in domo: ut notat Doctissimus Vossius, *lib. 7. De arte Grammatica c. 67. pag. 594.* Ne hoc quidem filebo, quod palam ædem pro cubiculo, itemque pro cœnatione dixit Curtius *lib. 8. c. 6.* Hæc propria domus & ædium significatio est. at factum est usu loquentium: ut domus ædesque pro iisdem accipiantur. Videtur & differentia inter ædes & ædificia fieri in his Livii verbis *lib. 38. cap. 38.*

Rhodiiorum sociorumve quæ ædes ædificiaque intra fines regni Antiochi sunt. Eo modo ædes, ut domus, totum quid significant: cum ædificium sit, verbi gratia, balineum aut horreum, aut quid simile, ædibus junctum, aut propter eas plerumque positum. hoc sensu Ulpianus *l. 41. §. 8. D. de legatis lib. 1.* verba ejus. *Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed & ad balinea vel aliud quod ædificium, vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.* Labeo quoque *l. 31. D. de legatis lib. 3.* Si cui, inquit, ædes legatæ sint, is omne habebit id ædificium, quod solum earum ædium erit. Rursus Ulpianus *l. 15. §. 13. D. de damno infecto.* Si tam ampla domus sit, ut & spatia inter vitiosam partem intercedant, & eam quæ vitium non facit: dicendum, in eam solam partem mitti. si vero unita sit contextu ædificiorum: in totam. & reliqua.

Igitur quid est? placet Ulpiano *l. 7. §. 1. D. de usufructu*, eum qui habet usumfructum domus vel ædium, uti frui non tantum domo sive ædibus: sed & cæteris quæcumque ædium sunt. talia vero quasi partes ædium esse, vel propter ædes haberi, idem Ulpianus definit *l. 13. §. ult. D. de actionibus empti.* Sunt autem utriusque generis multa: nec opus enumerare omnia, tantum dicam, quod inter cæteras partes sunt ædificia *d. l. 7. §. 1.* forte (ut in *l. 13. §. ult. D. de usufructu*) stabulum domus jumentis aut carrucis comparatum: item balneum usibus dominicis solitum vacare in intima domus parte, vel inter diætas amœnas; ut in villa Plinii, *lib. 2. Epist. 17. & lib. 5. Epist. 6.* tale enim balneum esse domus portionem, constitit. quod si testator publice id præbuit. (nam & hoc factum, aliquando gratis, plerumque mercede, id est, quadrante: ut dudum notavit Jacobus Rævardus, *V. Cl. lib. 2. Conject. c. 3.*) ait Papinianus *l. 91. §. 4. D. de legatis lib. 3.* ita esse domus portionem, si per domum quoque intrinsecus adiretur, & in usu patrisfamilie vel uxoris nonnumquam fuit, & mercedes ejus inter cæteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, & uno pretio comparatum vel instrumentum communi conjunctum fuisset. Ulpianus *d. l. 7. §. 1. D. de usufructu* domus partibus annumerat etiam areas: quas Varro, *De lingua Latina*, exponit, loca in urbe pura: id est, sine ædificio *l. 211. D. de verborum significatione.* Potest & area, sicut & aliarum partium, ususfructus separatim relinqui: eoque casu Pomponius *l. 73. D. de usufructu*, Si, inquit, *area ususfructus legatus sit mihi, posse me casam ibi ædificare custodia causa earum rerum quæ in area sint.*

De instrumento domus vel ædium fuit dubitatum, legato domus vel ædium usufructu: eo quod instrumentum non est pars ædium vel domus; sicut nec fundi. accedit, quod legatis ædibus aut fundo, instrumentum non aliter cedit legato, quam si id ipsum a testatore nominatim sit expressum *l. ult. D. de suppellectile legata.* Sed placuit Ulpiano *l. 15. §. 6. D. de usufructu*, ut fundi, sic domus, instrumenti fructum ad fructuarium pertinere: & est ei exemplum in specularibus, de quorum usu & inventionem sic Seneca *Epist. 90.* *Quædam nostra demum prodisse memoria scimus, ut specularium usum perlucens testa, clarum transmittentium lumen.* Prudenter tamen, quod ex Ulpiano dixi, exaudiendum est: reputantibus, quod apud eum Pegasus *l. 12. §. 16. D. de instructo vel instrumento legato* dicit, instrumentum domus esse id quod tempestatibus arcendæ, aut incendii causa paratur; non quod voluptatis gratia: & addit Pegasus, itaque nec specularia, nec vela quæ frigoris causa vel umbræ in domo sint, deberi: eamque fuisse Cassii sententiam: dicentis, inter instrumentum & ornamentum multum interesse: instrumenti esse quæ ad domus tutelam pertinent: ornamentum quæ ad voluptatem. Et sententiæ si adest auctoritas: vela quæ in domo sint frigoris aut umbræ causa, in domus instrumento non sunt: ut si in hypæthis, id est, locis subdialibus extendantur, item si quæ sint circa columnas *d. l. 12. §. 20.* cæterum parata, ne ædificio gravis sit ventus aut pluvia; magis instrumenti esse, Cassius & Ulpianus probant *d. l. 12. §. 17.* Id in velis annotandum; quia idem in specularibus, nam in *§. 16. ejusdem loci* hæc quoque ab instrumento separat Ulpianus: si voluptati posita sint in hypæthis aut hortis in quibus specularia poni, auctor est Martialis, *lib. 8. Epigr. 16. & 61.* at non semper serviunt voluptati: læpe ædium fenestris opponuntur ad arcendas tempestates, maxime hieme. de talibus est illud Senecæ *lib. 4. Natur. quæst. ad fin.* *Quamvis cœnationem velis ac specularibus muniant & igne multo doment hiemem.* De porticibus suis Plinius *lib. 2. Epist. 17.* *Egregium hæc adversus tempestates receptaculum: nam specularibus ac multo magis imminenti-bus tectis muniuntur.* De hoc igitur specularium usu sensisse videtur Ulpianus *d. l. 15. §. 6.* talia enim instrumento annumerari, non vetat *d. l. 12. §. 25.* quamquam putat, adfixa

pro domus parte haberi.

* * * *

CAPUT XI.

Quomodo oporteat fructuarium uti frui domo aut ædibus. non posse lumina immittere: nec colores & picturas & marmora & sigilla & si quid ad domus ornatum pertineat: non magis, quam diætas transformare, vel conjungere, vel separare: vel aditus, postica sive vertere; vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere, & quid his omnibus indigitetur?

HAtenus de domo & ædibus, quæque ædium sunt, item de instrumento, sequitur modus & finis his utendi fruendi. de hoc ita Ulpianus *d. l. 13. §. 7.* *Sed si ædium ususfructus legatus sit, Nerva filius & lumina immittere eum posse ait: sed & colores & pictu-*

ras & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum. sed neque diætas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur: vel aditus postica sive vertere: vel refugia aperire: vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere, excolere enim quod inve-

invenit potest, qualitate ædium non mutata. Item Nervæ, eum cui ædium ususfructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurerentur: quia tectum magis turbatur. Quod Labeo etiam in proprietatis domino scribit. Idem Nervæ nec obstruere eum posse. Hic locus est impeditus, & quantum teneo memoria, nondum explicitus: securis de verborum sensu ac fine Interpretibus. at me vexat, quod Ulpianus ait, Nervam filium dicere, fructuarium legato ædium ususfructu, posse lumina immittere, etiam colores & picturas & marmora & sigilla & si quid ad domus ornatum pertinet: at non posse diætās transformare, vel conjungere, vel separare: vel aditus posticasve vertere: vel refugia aperire: vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere. cur enim, priora facere potest fructuarius, sequentia non potest: pari utrimque ratione? rursus si illa licent fructuario: quo ore ait Ulpianus, eum posse excolere quod invenit, qualitate ædium non mutata, eoque (quod ex eodem refert Nervæ) non posse altius tollere, quamvis lumina non obscurerentur: sed neque obstruere posse? fluctuat igitur hæc Nervæ atque Ulpiani disputatio, nec sat scio; æa eam ipse sim confirmaturus satis, tentabo tamen, quid valeam: non futurus deterior, si non obtineam quod intendo: sed melior, si assequar. ceterum quo facilius expediatur nodus, ante quod facti est, verborum explicatione investigabo. Primum ait Ulpianus, si cui ædium ususfructus legatus sit, Nervam filium putare, & lumina immittere eum posse. Lumina autem sunt fenestræ: ut in l. 6. D. de servitutibus prædiorum urbanorum, & apud Cicero-nem, Ad Atticum, lib. 2. Epist. 3. Inde lumina immittere est, fenestras imponere l. 59. D. de rei vindicatione, sive fenestras immittere, aperto pariete communi: vel, aperto pariete cæco: quo modo apud Paulum l. 40. D. de servitutibus prædiorum urbanorum a Græcis legi, observavit Jacobus Cujacius, lib. 1. Observ. c. 31. vel aperto pariete inluminæ: ut conjicit Johannes Leunclavius lib. 2. Annotation. c. 20. pag. 265. quod & ipse malui aliquando. nunc minime damnum vulgatam lectionem, pariete communi. Hoc nunc obiter. plene ad Tit. Pand. De servit. præd. urban. Deinde ait Ulpianus, (redeo enim ad d. §. 7. l. 13.) Sed & colores & picturas & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum. His verbis, puto, indigitatur tectorium ad tegendos ornandosque parietes comparatum. Erat id variæ speciei. una dicebatur opus albarium: de quo Vitruvius, lib. 7. De architectura c. 2. Ad hanc speciem refero hæc Ulpiani verba, Et sigilla, & si quid ad domus ornatum. Indicio Plinius lib. 36. Nat. hist. c. 24. scribens, Usus gypsi in albariis, sigillis adificiorum, & coronis gratissimum. Tertullianus quoque, De idololatria c. 8. pag. 89. Scit, inquit, albarius tector & tecta sarcire, & tectoria inducere, & cisternas liare, & cymatia distendere, & multa ornamenta præter simulachra parietibus incrispare. Alterum tectorii genus est quod arenatum & marmoratum appellat Vitruvius d. lib. 7. c. 3. addens, iis, cum sunt uda, solere colores ac picturas induci, atque hoc pertinet ad illustranda hæc Ulpiani verba, Colores & picturas. sicut ea juvat quoque insignis hic Plinii locus lib. 35. c. 10. Primus (M. Ludius Divi Augusti ætate) instituit amœnissimam parietum picturam, villas & porticus, ac topiaria opera, lucos, nemora, colles, piscinas, curiosos, amnes, littora, qualia quis optaret, varias ibi obambulantium species aut navigantium, terraque villas adeuntium a sellis aut vehiculis. jam piscantes aucupantesque aut ven-

nantes aut etiam vindemiantes. sunt in ejus exemplaribus nobiles palustri accessu villa, succollantium specie mulieres, labentes trepidaeque feruntur. plurima præterea tales argutia, facetissimi sales. Sic Plinius: ex quo præterea intelligitur, potuisse has picturas a Proculo l. 13. §. 1. D. de servitutibus prædiorum urbanorum optimo jure vocari pretiosissimas. Non subsistit ad hæc Ulpianus d. §. 7. l. 13. præterea ait, & marmora. nam fiebat quoque tectorium ex crustis marmoris secti in tenues laminas: easque crustas ædium esse, idem definit Ulpianus l. 17. §. 3. D. de actionibus empti. Origo & descriptio apud Plinium d. lib. 36. c. 6 verba Plinii. Primum Roma parietes crusta marmoris operuisse totius domus suæ in Celio monte Cornelius Nepos tradidit Mamurram, Formis natum, equitem Romanum, Præfectum fabrorum C. Caesaris. Initium hoc fuit. plus aulæ luxuria, Imperatore Claudio: tum enim picturis ornari cœperunt laminæ: mox sub Nerone quoque auro tegi. quid? quod cœperunt laminis etiam inseri parvæ crustæ marmoris diversi coloris, repræsentaturæ rerum & animalium figuras quas deliciis parabat artificis curiosa industria, auctor Plinius lib. 35. c. 1. simul illa contigisse elegantia: ut pictura ante laudata, minus placeret. Plinio addi potest egregius Senecæ locus Epist. 86. quia in eo (ut apud Vopiscum quoque in Firmo, quod ad Senecam in Notis attingit Lipsius) insuper adfertur species tectorii, soliti fieri pictura vitri in tabulis æneis ignem ferentibus: nam in igne factam esse hanc picturam, verisimile est. postremo fuere parietibus pro tectorio immixtæ atque inclusæ picturæ: eoque habitæ pro ædium partibus, exemplo crustarum d. l. 17. §. 3. Sequitur apud Ulpianum d. §. 7. l. 13. Sed neque diætās transformare vel conjungere aut separare. Diætæ sunt certæ domus partes unius habitationi destinatæ, ita ut ibi alii non viderentur, nisi admissi aut vocati. inde separata diætā l. 66. §. 1. D. de donationibus inter virum & uxorem: & diætā in qua habitabam l. 41. §. 1. D. de legatis lib. 3. & apud Plinium lib. 5. Epist. 6. Hac adeuntur diætæ duæ, quarum in altera cubicula quatuor, altera tria. Porro vetat Ulpianus d. §. 7. aditus posticasve verti a fructuario. tantum monebo, indicare anticam & posticam: de quibus Festus in posticum Præterea ait d. §. 7. l. 13. Ulpianus, Vel refugia aperire. Hæc quæ sint, unus docuit me V. CL. Isaacus Casaubonus, ad Spartianum, Hadriano c. x. pag. 87. n. 1. dicens, per refugia hic significari quæ alias appellantur cryptæ, etiam cryptoporticus, item hypogææ: id est, ambulationes subterraneæ: quas sibi comparabant delicati homines, evitantes æstatis incommoda: eamque ob rem hic refugia dici, mihi verisimile est. quo modo aperti subterranei specus suffugium hiemi in hoc Taciti, De moribus Germanorum c. 16. Solent & subterraneos specus aperire, eosque multo insuper sinit onerant, suffugium hiemi & receptaculum frugibus: quia & rigorem frigorum ejusmodi locis molliunt. Cæterum cryptas sive refugia, ut ea vocat Ulpianus, sic describit allegatus a Casaubono Ambrosius, Luxuriosorum est hypogæa querere, captantium frigus æstivum, eo quod resoluti deliciis, æstus aliter ferre ac tolerare nequeant, & ideo querant umbrosa penetralia: vel quod desidiosi ignava sub terris agant otia. Casaubonus, quod miror, citat hunc locum ex Epist. 12. Ambrosii. sed extat Observatione Ambrosii in Aggeum Prophetam ad Irenæum, tom. 2. pag. 1144. Edit. Parisiens. An. 1661. Ambrosio jungam

hoc Plinii lib. 5. Epist. 6. p. 291. *Subest cryptoporticus subterranea similis, astate incluso frigore riget.* Rursus negat Ulpianus d. §. 7. l. 13, *fructuarium atrium mutare.* De ulu atriorum in ædibus eorum qui non communi sunt fortuna, Vitruvius lib. 6. c. 8. addens in fine, *Quod in urbe atria proxima januis esse solent: ruri pseudourbanis statim peristylia, deinde tunc atria habentia circum porticus pavimentatas, spectantes ad palestras & ambulationes.* Postremo subiicit in d. §. 7. l. 13. Ulpianus, *Vel viridaria ad alium modum convertere.* Supra monui, in ædibus ac villis illis amplis ac spatiosis, quales describit Ulpianus, viridaria fuisse. Præsentis loci est, addere, fuisse arte tonsa atque inflexa ad varium modum ac formam. spectat eo illud Julii Firmici Materni, lib. 8. *Mathes. c. 10. Qui buxneas arbores tondens, in belluas fingat, aut virides porticus in circulum flexis vitibus faciat.* Hoc quoque Plinii, de sua villa scribentis lib. 5. Epist. 6. *Multa in hac membra: atrium etiam ex more Veterum, ante porticum xystus concisus in plurimas species, distinctusque buxo, demissus inde pronusque pulvinus, cui bestiarum effigies invicem adversas buxus inscripsit. acanthus in plano molli, & pene dixerim liquidus, ambit hunc ambulatio, pressis varieque tonsis viridibus inclusa: ab his gestatio in modum circi quæ buxum multiformentem, humilemque & manu reventas arbusculas circumit.* Unde apparet, viridaria ad alium modum convertere apud Ulpianum esse, viridaria ad aliam speciem plantando, tondendo, inflectendoque deducere: ut si figuras bestiarum, aviumve, aut similes quæ ante erant, fructuarius mutet specie pyramidum, columnarum, vasorum, aut quacumque alia. Illustravi in exemplis Ulpiani res facti. nunc quod reliquum est, jus considerabo. Ait Ulpianus, *Sed si ædium ususfructus legatus sit, Nerva filius & lumina immittere eum posse ait.* Modesta mihi sunt hæc verba: non quod damnam loquendi formam, lumina immittere: quam ostendi esse justam; ac significare, fenestras immittere, aperto pariete cæco atque inluminari. aliud me torquet: puto, illam, servata ejus potestate, esse incongruam naturæ ususfructus, fructuarii facultatem terminantis domus atque ædium conditione & modo: ideoque non patientis, ab eo aperiari parietem cæcum atque illuminem: si necessaria usufructui non sint nova lumina; ut ut fructuario alioquin commoda atque utilia futura. itaque deliberavi sæpe mecum, an pro lumina immittere præstet scribi, lumina tueri. tale verbum habet Neratius l. 44. *D. de usufructu:* idemque aut simile in proposito postulat ratio ususfructus certa ac vera. quamquam si cui religio sit, emendare lectionem constantem & receptam: (varia enim sunt hominum ingenia) nil obtrudam invito: modo liceat mihi sic interpretari Ulpiani verba, quasi significant, fructuarium posse tueri, sive reficere vetera lumina, ac tectoria, ætate aut aliter corrupta atque exesadurior. non inficior. sed non ubique accuratus est Veterum sermo; & hoc modo in l. 7. §. ult. *D. de usufructu,* prout editur Florentiæ, etiam in vulgato Accursii exemplari, ipse ait Ulpianus, *Nec solum necessarias refectioes facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria & pavimenta & similia facere:* cum vellet, fructuario licere, tectoria & pavimenta reficere. Subsidium hoc meæ interpretationi unum ac firmum. est & alterum non minus validum. id argumentum est, quod sic cohæret tenor disputationis Ulpiani, alioquin fluxus ac vacillans. huc autem redit: quod fructuarius potest reficere & tueri vetera lumina, etiam vetera tectoria: id est, colores

& picturas & marmora & si quid ad domus ornatum pertinet. at nihil potest immutare ex priore domus forma ac specie: sive enim velit diatras transformare, vel conjungere, aut separare: sive aditus, id est, anticas, posticasve vertere: vel refugia, id est, hypogæas & cryptoporticus aperire: sive atrium mutare: sive viridaria ad alium modum convertere: nulla ei in his permittitur novatio aut immutatio. quam ob causam? clara ac certa est hæc Ulpiani: dicentis, *Excolere quod invenit potest, qualitate ædium non immutata.* Atque inde Nerva quoque dicit apud Ulpianum, *Eum cui ædium ususfructus legatus sit, alius tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur:* id est, quamvis luminibus nocitura non sit aliorum ædificatio. & est optima Ulpiani ratio, quia *tectum magis turbatur:* id est, quia fructuarius sic domo non utitur ad modum & arbitrium domini: turbans qualitatem tecti a domino positi. quod ei non licet, prohibente natura ususfructus. Amplius ait Ulpianus d. §. 7. Idem Nerva, *nec obstruere eum posse.* Obstruere est, obturare, occludere aperta: ut in hoc Taciti lib. 3. *Histor. c. 21. Is terror obstructas mentes consilio ducis apernit.* Eodem sensu Gajus l. 6. *D. de servitutibus pradiorum urbanorum,* Si, inquit, *ades tue adibus meis serviant, ne alius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiantur, & ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero.* Ita sensus Nervæ apud Ulpianum, adeo non licere fructuario aperire occlusa: ut ne aperta quidem obturare atque occludere possit. Restitui, pro facultate, Ulpiano sensum, ubi erat strepitus verborum nihil significantium. & remedia petii præsertim ex §. 7. d. l. 13. nunc foris quæram adminicula. Primum igitur sic censeo, si in parietibus fructuariæ domus sint vetera lumina, ætate aut aliter corrupta: immisurum rursus alia fructuarium: id est, tuiturum veterem qualitatem: si non sint vetera, non immisurum nova: nisi sine his domo uti omnino nequeat: tum enim deneganda ei non est necessarij luminis immissio. aliter ac si necessaria non sit, etsi commodior futura. ipse hoc Ulpianus l. 1. §. ult. *D. Si ususfructus petetur:* sic scribens, *Sed an & alias utilitates & servitutes ei heres præstare debeat, puta luminum, & aquarum, an vero non? Et puto, eas solas præstare compellendum, sine quibus omnino uti non potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse præstandas.* Idem putemus de his Ulpiani verbis d. §. 7. l. 13. *Sed & colores & picturas & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum.* Nam eis indigitatur tectorium. atque id si fuerit: reficere potest fructuarius. si non fuit: novum imponere rudibus parietibus non potest. Non accersam argumenta. aperte Neratius l. 44. *D. de usufructu. Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest.* Qua ratione? ait Neratius, *Quia tamen si meliorem excolendo edificium domini causam facturum esset, non tamen id jure suo facere potest; aliudque est, tueri quod accepisset, an novum faceret.* Nihil potest ad propositum dici fortius, nihil accommodatius. nec tamen solus sic definit Neratius; etiam Ulpianus: id est ipse is de cujus sententia sumus solliciti sic enim scribit l. 7. §. ult. & l. 8. *D. eod. tit. Nec solum necessarias refectioes facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria & pavimenta & similia facere. nec autem ampliare, nec vile detrudere posse: quamvis melius repositurus sit. quæ sententia vera est.*

CAPUT XII.

An fructuarius possit parietibus fructuarie domus imponere rivum novum: aut consummare ædificium inchoatum?

Sed ut non potest fructuarius rudibus parietibus imponere novum tectorium: ita negat Neratius l. 61. D. de usufructu, eum posse parietibus imponere rivum novum. præterea negat, posse ædificium inchoatum consummare, etiamsi nequeat eo loco aliter uti. verba Neratii quia nondum invenerunt idoneum intellectum, apposui, ut illustrem, & servem. nam vitiosa quoque aliquibus videntur. verba. *Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere.* §. 1. *Ædificium inchoatum fructuarius consummare non posse, placet; etiamsi eo loco aliter uti non possit. sed nec ejus quidem usumfructum esse: nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Sensus hujus loci liquebit, formata totius specie & quæstione. species hæc est. Legatus est usufructus non fundi, nec ædificii; sed domus vel ædium. duo quaruntur: primum, an fructuarius possit novum rivum imponere ædium parietibus? deinde, an possit ædificium inchoatum consummare; maxime, si eo loco, id est, eo ædificio (loci enim appellatio non solum ad rustica, sed ad urbana quoque prædia pertinet. l. 60. §. 1. D. de verborum significatione) aliter uti non possit? Quod ad primam quæstionem attinet: ait Neratius fructuarius non posse parietibus novum rivum imponere. sic in d. l. 61. recte legi, monuit Franciscus Hotmanus lib. 2. *Amicabil. respons. c. 36.* et si Jacobus Cujacius lib. 1. *Observ. c. 36.* ex conjunctione l. 44. D. eod. tit. quæ item Neratii est, malit novum tectorium; idque placeat Jacobo Labitto, *Indicis sui usu tertio n. 5.* Solere enim Veteres (quæ eorum luxuria fuit) augendæ amœnitati ædium parietibus imponere rivos aquæ fluentis, verissime ostendit Emundus Merillius, lib. 3. *Variantium ex Cujacio c. 1.* sequente Manilii testimonio ex lib. 4. *Asi. onomic.*

- - - Undas inducere tectis,
Ipsaque conversis astergere fluctibus astra,
Littoribusque novis per luxum ludere ponto,
Et varios fabricare lacus, & flumina ficta,
Et peregrinantes domibus suspendere rivos.
Cui de meo addam hoc ex Sidonio Apollinari,
Carm. 22. vers. 207.

Alta volubilibus patet hinc cœnatio valvis.
Fusilis euripus propter. cadit unda superne
Ante fores pendente lacu, venumque secuti
Undosa inveniunt nantes cœnacula pisces.
Eandem causam habent quæ de derivatis in domos ravis & fluminibus olim tradidi lib. 1. *Proba-*

bilium c. 3. Tantum de priore quæstione. Quod ad alteram attinet: placet Neratio d. l. 61. §. 1. fructuarius non posse ædificium inchoatum consummare; etiamsi eo loco, sive eo ædificio: aliter uti nequeat. An vere? ambigi potest: quia intelligitur fructuario, constituto usufructu, dari omne sine quo ipse uti frui nequeat l. 1. §. 1. & seqq. D. Si usufructus petetur: ac si cui datus sit usufructus fundi in quo necessarium ad percipiendos fructus sit ædificium, posse ab eo poni ædificium, Ulpianus ait l. 13. §. 6. D. de usufructu. Ei rei si, ut oportet, adest fides: quid ni dicemus, si testator ædificium inchoavit, & fructuarius eo, nisi consummato, uti nequeat, posse eum ædificium suo jure consummare? Atque ita foret, si nominatim legatus esset ædificii usufructus; idque ædificium, nisi consummatum, non reciperet usufructum: sicut in d. l. 13. §. 6. nominatim datus erat usufructus fundi in quo necessarium ad percipiendos fructus erat ædificium. Sed Neratii sermo in §. 1. d. l. 61. est de usufructu non ædificii, nec fundi, sed domus, seu ædium. plurimum autem interest inter ædificium & ædes. seu domum: ut initio capituli x. demonstravi. & bene, quod sufficit; si fructuarius domo cujus legatus erat usufructus, uti possit; quamquam ædificio quod domui addi cœperat, uti nequeat. pone, ut exemplo rem demonstrarem, testatorem habere domum: cœpisse ei jungere ædificium, balneum, verbi gratia, vel simile; nec absolvisse. finge, legasse Titio domus aut ædium usufructum. an Titius poterit absolvere ædificium a testatore inchoatum: non poterit: etsi eo loco, id est, ut dixi, eo ædificio, aliter uti nequeat: quia ei non ejus ædificii, sed domus usufructus datus est. Sufficit igitur, si domo uti possit; etsi eo balneo, sive eo ædificio, uti non possit: quia usufructum non ejus, sed domus accepit. Atque hoc esse opinor, quod Neratius ait, *Sed nec ejus quidem usumfructum esse.* Si tamen testator in constituendo usufructu fructuario nominatim dedit consummandi ædificii potestatem: dubium non est, quin id consummare possit: sicut poterit quoque novum rivum parietibus imponere; si in constituendo usufructu hoc specialiter sit adjectum. id indigitant postrema Neratii verba, *Nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Nam verbum, *utrumque*, & ad novum rivum parietibus imponendum, & ad ædificii consummationem respicit.

CAPUT XIII.

Fructuarius etsi locare aut vendere possit usumfructum domus; tamen non posse domum dividere per cœnacula; nec balneum illic facere, nec alia meritoria. & quid hoc?

Ostendi, quale sit jus fructuarii, per se utentis ædibus fructuariis. restat, quid competat utenti per alium, vendito aut locato usufructu: ait autem Ulpianus l. 7. §. 1. D. de usufructu, quicumque fructus, quæcumque obventiones sunt non

modo ex domo aut ædibus, sed ex ædificiis quoque & areis & cæteris quæcumque ædium sunt, ad fructuarius pertinere. Ex areis, inquit. nam & areas locari solitas, ex l. 62. D. de rei vindicatione, l. 3. D. In quibus causis pignus tacite,

& Cicerone, observavit doctissimus Interpres, Jacobus Cujacius, *lib. 9. Observ. c. 8.* Licet igitur fructuario, domo fructuaria uti frui per se, vel per alium: modo non aliter det fruendam, quam conveniat boni viri arbitrio: certo, oportere fructuarii æque hic, atque alibi, non minus uti, quam frui. Præclare Ulpianus *l. 27. §. 1. D. de usufructu, Si dominus solutus fuit tabernis ad merces suas uti, vel ad negotiationem, utique permittetur fructuario locare eas & ad alias merces. & illud solum observandum est, ne vel abutatur usufructuarius, vel contumeliose, injurioseve utatur usufructu.* Sit exemplum in hoc ejusdem Ulpiani *l. 13. §. 8. D. eod. tit. Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per cœnacula dividere domum, atquin locare potest: sed oportebit, quasi domum, locare. nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, (ita) accipe quæ vulgo diversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, & si balneum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, non recte, nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare cœperit, ut publice lavet: non magis, quam si domum ad stationem jumentorum locaverit; aut si stabulum, quod erat domus jumentis & carrucis vacans, pistrino locaverit. Ne confusior, quam par est, videatur oratio: observandum est, locum esse desumptum ex Ulpiani libro 18. *Ad Sabinum*: sic quoque constare partim verbis Sabini, partim Ulpiani Notis. primum negat Sabinus, domus usufructu legato, fructuario licere illic meritoria facere: nec addit, quæ sint meritoria. illustrat igitur Ulpianus in Notis rem exemplo: scribens, Sabinum dicere meritoria, verbi gratia, quæ vulgo diversoria vel fullonica appellant: eoque nolle, hæc & similia ex domo fieri a fructuario. occurrebat quidem: quod fructuarius potest locare domum fructuariam, sed in promptu est solutio: nisi locatio cadat in abusum, numquam fructuario a testatore concessum, potest igitur fructuarius ex Sabini sententia, domum locare, ut domum; id est, ad habitationem unius familiæ ad quam habuit eam testator: ad hospites autem recipiendos, id est, ut diversorium sit, locare non potest: manifesta domus & diversorii differentia, vel Ciceronis testimonio, *De senectute*, in his verbis, *Ex ista vita sic discedo, tamquam ex hospitio, non tamquam ex domo. commorandi enim natura diversorium nobis, non habitandi dedit.* Sed eo redeo. ait Sabinus, *Nec per cœnacula dividere domum.* Hoc quid sit, accipe a Vitruvio *lib. 2. De architectura c. 8.* sic scribente; *Cum recipere non posset (Romæ) area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipsa coëgit devenire. itaque pilis lapideis, structuris testaceis, parietibus camentitiis altitudines extructæ, contignationibus crebris coaxatæ & cœnaculorum summas utilitates persciunt, & despectationes.* Sic Vitruvius nullo sensu Salmasius, *Plinian. exercit. pag. 708. col. 1. edit. Ultraject.* restituit ex optimo codice. *Altitudines extructæ contignationibus crebris coaxatæ cœnaculorum, ad summas utilitates, proficiunt disparatione.* Sensu apto: puto enim, a Vitruvio significari, alti-*

tudines ad summas utilitates proficere ædificiorum disparatione per cœnacula: pari forma qua apud Ulpianum *d. §. 8. l. 13.* dicitur domus dividi per cœnacula. Ut ut est: apparet, cœnacula esse superiora domus loca: ad quæ scalis adscendi, Festus ait. ea per partes conducebant tenuiores, non impleretur totas ædes. exemplum apud Suetonium *Vitellio c. 7.* Ab hac causa Prudentius, *lib. 1. Adversus Symmachum*, cœnacula dicit celsa, ac scandi a vulgo, verba Prudentii.

Omnis qui celsa scandit cœnacula vulgar.

Ipsa quoque idcirco domibus, ædibus, insulisque opponuntur. mitto Livium *lib. 39. c. 14. l. 30. D. Locati*, Martialem, *lib. 1. Epigr. 109.* Juvenalem *sat. 10. vers. 16.* eo modo apud Reinesium, *Class. 7. Inscr. 34. p. 509.* ex Fragmento Petronii ex Dalmatia. C. POMPEIUS. DIOGENES. EX KALENDIS. IULII. COENACULUM. LOCAT. IPSE. ENIM. DOMUM. EMIT. Inseruit hoc editioni Petronii nuper Vir CL. Petrus Burmanus *c. 38. pag. 165* quem etiam vide in Notis. Igitur quid est? sicut fructuarius in domo fructuaria non debet facere meritoria, diversoria, verbi gratia: ita non debet domum dividere in cœnacula; divisamque pluribus cœnaculatim locare: facturum illic & sic meritoria, ex sententia Suetonii, *Vitellio c. 7.* cœnaculum meritorium appellantis. certe non usus hoc modo domo, tamquam domo, id est, pro habitatione unius familiæ: sicut convenit arbitrio viri boni. Postremo dicit Sabinus, *Nec balneum ibi faciendum est.* Obscure. solum enim significant ea verba, non esse faciendum ibi a fructuario novum balneum quod ante non fuerit. sed, si audimus Ulpianum versu, *Ego quidem & si balneum sit*, quo versu continetur Nota ad Sabinum; est id extra omnem dubitationem. vult igitur Ulpianus, a Sabino plus dici; nam & si ante jam fuerit balneum, usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, & id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet: non recte neque ex boni viri arbitratu facturum illic meritorium. & addit Ulpianus, non magis facturum hoc jure suo esse fructuarium, quam si domum habitationi destinatam, locaverit ad stationem jumentorum; aut stabulum domesticis jumentis carrucisve paratum, pistrino locaverit. in quo esse manifestum domus aut stabuli abusum, fructuario illicitum, negari nequit. idque Paulus confirmat *l. 14. D. de usufructu: Licet*, inquiens, *multo minus fructum percipiat*: Sic Florentiæ legitur: sed scribendum, *fructum*: id est, fructuum: ut ostendi pridem *lib. 2. Observ. c. 16.* Sed de *d. §. 8. l. 13.* vel nimis: nisi addendum obiter carruccam cujus ab Ulpiano ibi fit mentio, esse vehiculum dignitatis, & bijuge *l. unic. C. de honoratorum vehiculis. l. unic. Cod. Theod. eod. tit.* atque argentatum aliquando, aut auratum. sed hoc occuparunt Viri doctissimi, Isaacus Casaubonus, Notis ad Lampriidum, *Alexandro Severo c. 43.* Guido Pancirollus, *Thesauro Var. lect. lib. 1. c. 37.* & Jacobus Gothofredus *ad Cod. Theod. d. loc.*

CAPUT XIV.

De oneribus fructuaria domus.

Sed fructuarius non tantum commoda fructuariæ domus percipit, verum & onera ejus sustinet: certa ratione, eum non minus uti, quam frui oportere. in primis autem tenetur domum quam accepit, tueri *l. 44. D. de usufructu*: id est, veterem quæ est, reficere. quo modo? hætenus ut sit sarta tecta *l. 7. §. 2. D. eod. tit.* Festus porro, *Sartre*, inquit, ponebant pro integre: ob quam causam opera publica quæ locantur, ut integra præstentur, sarta tecta vocantur. sarcire enim est integrum facere. Sartum igitur & tectum servare est, (ut observavit Budæus, *Annot. in Pand. pag. 205. §. seq.*) integrum & incorruptum servare. Faciet autem fructuarius refectiones non solum necessarias, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria, & pavimenta & similia; modo nil ampliet, nec utile detrahat *d. l. 7. §. 3.* debet enim uti arbitratu boni viri: id est, non ad suum, sed ad domini modum. De tectorio satis dictum. at pavimenta quæ sint, quando inventa, quæ constiterint arte, forma, elegantia picturæ atque operistessellati, postremo quomodo ex humo in cameras seu fornices transferint, dicendum foret nisi plene executus esset Plinius *lib. 36. Nat. hist. c. 25.* cui adde sis Casaubonum ad Suetonii *Julium c. 46.* & Salmasium, *Plinian. exercit. Edit. Ultraj. pag. 854.* Igitur sufficit fructuario, (nam huc revertor) domum sartam tectam præstare modica refectione & turela. Ad novæ ædificationem, aut veteris sine culpa sua collapsæ, restorationem non tenetur. Sed nec heredem cogi, collapsam restituere, curiosè observat Cicero, *Topicis n. 8.* Verba Ciceronis. *Si ades exesa corruerunt, vitiumve fecerunt, quarum ususfructus legatus est, heres restituere non debet, nec reficere, non magis, quam servum restituere, si is cujus ususfructus legatus est, deperisset.* Sic Cicero. etiam Ulpianus *d. l. 7. §. 2. §. l. 65. §. 1. D. eod. tit.* scilicet, quia ususfructus respectu domini proprietatis est servitus: cujus proprium est; ne dominus facere, sed ut pati, teneatur *l. 15. D. de servitutibus.* Si tamen heres, ut potest, sponte refecerit collapsam partem: ait Ulpianus, passurum uti fructuarius *d. l. 7. §. 2.* Tenetur igitur fructuarius domum sartam tectam servare: ac si cesset; ait Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* posse per arbitrum cogi. addit, quod & alia onera agnoscit: *ut puta, inquit, stipendium, vel tributum, vel salarium, vel alimenta ab ea re relicta.* Ita Florentiæ. alibi legitur *solarium*: fortasse melius: ut supra monui. de solarii autem ratione & causa non est, quod hic plura expectes: cum sufficiat diligentia CL. Viri, Petri Burmanni, *De vectigalibus Populi Romani, c. 12.* Minus probò, quod in *d. §. 2.* alias editur, *ab eo relicta.* servanda Florentina lectio, *ab ea re relicta.* erat, opinor, scriptum, *ab ea RELICTA* inde factum, *ab eo relicta*: cum oporteret poni, *ab ea re relicta*, juvant

Græci; & exemplum in *l. 8. §. 1. D. de transactionibus.* Præter hæc tenetur fructuarius, si vicinus petat, sibi caveri damni infecti nomine, ei cavere, & quidem datis fidejussoribus. quod si cesset facere, cum petit vicinus, eoque compulsus est dominus repromittere, (repromissione enim is defungi potest) prohiberi debet fructuarius uti frui *l. 9. §. 5. D. de damno infecto.* Ea igitur causa non est fructuarius, si paratus sit usumfructum derelinquere, cogendus domum reficere, in quibus casibus ei hoc onus incumbit. ita ante acceptum contra eum Judicium: imo & post acceptum, si paratus sit derelinquere usumfructum, absolvi debet a iudice *l. 64. l. 48. D. de usufructu.* Nisi si quid sit deterius factum suo suorumque facto. nam tum, licet velit usumfructum derelinquere, non est absolvendus. debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit, & ipse facere *l. 65. D. eod. tit.* alioquin eo obligatur nomine, nec obligatione, nisi præstatione ejus quod debet, liberatur.

Nec hoc quidem improbo: quod Ulpianus *l. 7. §. 1. D. de usufructu* ait, placuisse, fructuarium mitti in possessionem vicinarum ædium ex causa damni infecti, & eas, si perleveretur non caveri, jure domini possidere: nec quidquam amittere, finito usufructu. nec tamen in hoc semper itum fuit omnium consensu: si credimus Ulpiano *l. 13. §. 8. D. de damno infecto*: dicenti, Superficiarium & fructuarium damni infecti utiliter stipulari, hodie constat: cur enim ait, Hodie: nisi quod olim idem non peræque constitit. Est interim ratio ejus juris non injusta: quia (ut Paulus ait *l. 18. D. eod. tit.*) Damni infecti stipulatio competit non tantum ei cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est. tenetur porro fructuarius, durante usufructu, uti frui arbitratu boni viri, & finito, restituere quod extabit. debet igitur, durante usufructu, providere, ne ruina vicinarum ædium vitientur aut tollantur fructuariæ ædes: sicut solet bonus paterfamilias. quod si neglexerit facere, & ruina damnum fiat fructuariis ædibus: æquum est, id nocere ei cujus culpa accidit, vice versa non fuerit absurdum, lucrum si quod inciderit ex causa damni infecti, ad fructuarium pertinere: volente ratione, quem sequuntur incommoda, eum sequi commoda. quod autem sic perceptum est a fructuario jure ususfructus, ejus manet finito usufructu: siquidem sufficit ei, restituere quod ex re fructuaria superest. porro interest inter rem fructuariam, & quod ex ea, ejusve occasione percipitur jure ususfructus. nam illa est domini proprietatis: hoc fructuarii. est igitur illa domino restituenda, finito usufructu:

hoc non restituitur ei, sed

fructuarii ma-

net.

CAPUT XV.

De constituenda a proprietario servitute prædii ex consensu fructuarii.

Postquam explicui usumfructum fundi & ædium, vix mihi tempero; ne hic tractem de jure imponendæ, adquirendæve servitutis prædii rustici vel urbani, de quo est vetus & molesta quaestio: cui causam præbuit Ulpianus l. 15. §. ult. D. de usufructu, Paulus l. 16. D. eod. tit. & Pomponius l. 2. D. Si usufructus petetur. agam diligenter: sed primum Ulpiani verba apponam. dabunt enim certius consilium subjecta oculis Ulpiani verba. *Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietorius. nec amittere servitutem. adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest: retinere autem potest; & si forte fuerint, non utente fructuario, amissa, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* Primum negat Ulpianus, fructuatium fundo adquirere servitutem. puto, quia servitus est fundi qualitas quæ potest a fundi domino adquiri fundo; a fructuario qui non est fundi dominus, fundo adquiri non potest. at quamquam fructuarius non potest servitutem fundo adquirere: potest tamen, ut Ulpianus ait, servitutem fundo retinere. nam eam utendo retinet proprietorius cui constituta est: nullo discrimine, utrum per se utatur servitute, an per alium l. 20. & seqq. D. Quemadmodum servitutes amittuntur. potest igitur servitutem per fructuatium retinere. idque in tantum placet: ut fructuarius, propter servitutem non utendo amissam, domino teneatur. debet enim fundo uti frui arbitrato boni viri: non soliti, prædii servitutes non utendo amittere. igitur si id fecerit fructuarius, tenetur domino proprietatis. ita in fructuario jus est. Quid in proprietario? ait Ulpianus d. l. 15. §. ult. posse fundo adquirere servitutem, & consentiente, & invito fructuario: amittere non posse. idque verum est.

De eo quaeritur, an possit fundo imponere servitutem, utique usufructui noxiam? & negat Ulpianus, impositurum: dissentiente fructuario. nam ut fundi dominus sit, ac jus constituendæ servitutis a jure domini procedat, recteque possit fundum suum dicere, etiam cum alienus est usufructus l. 25. D. de verborum significatione: non idcirco debet impedire fructuatium utentem: ne deteriores efficiat ejus conditionem, atque hoc quoque æquum esse, ultro omnes fatentur.

Illud durius videtur, quod porro ait Ulpianus d. l. 15. §. ult. *Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest.* Adeo non ferunt hoc Eruditissimi Juris Interpretes. quin putant, Ulpiano malam nocuisse manum. nec interim sunt contenti uno medicinæ genere. At meo iudicio, potuerunt parcere supervacua emendationi. habet enim hæc Ulpiani definitio rationem juris non insubtilem. ea ratio est: quod prædii servitus est prædii qualitas: quam, si nocitura sit constituto jam usufructui, non potest dominus prædio fructuario imponere: neque invito fructuario; quia non habet plenam proprietatem: neque consentiente; quia nihil facit consensus non habentis

prædii proprietatem, neque solidam eo modo facientis, quamdiu retinet usufructum ab ea separatum, optime Prudentius, *Hamartigenia*.

Jus varium non est plenum: quia non habet alter

Quidquid dispar habet: cumulum discretio carpit.

Erit huic sententiæ pignus atque indicium, quod mox idem Ulpianus in l. 17. D. de usufructu (quæ est ex eodem lib. 18. Ad Sabinum ex quo est d. l. 15. §. ult.) ita subjicit. *Locum autem religiosum facere potest consentiente fructuario. & hoc verum est favore religionis.* Ulpianus significat, non posse quidem proprietarium ex regulis Juris facere locum religiosum, quamquam consentiente fructuario: recipi autem favore religionis; ut a proprietario possit consentiente fructuario fieri religiosus; atque id quia singulari jure fit favore religionis, qui favor cessat in constituenda servitute: consequens esse, ut non possit servitus a proprietario imponi fructuario fundo, etsi consentiente fructuario: dum is usufructum suum retineat. hic est utriusque loci sensus: ut apparet ex utriusque comparatione. Aliquis dicat, posse fructuatium juri suo renuntiare vel in totum, vel pro parte: & cum consentit domino imponenti servitutem, recedere ab usufructu, quatenus est contraria usufructui servitus. quomodo consentiens creditor pignoris venditioni, pignus amittit. Sed vereor: ne non procedat hoc argumentum. imo arbitror, esse tale pactum ad hoc inutile: ut proprietario fiat jus constituendæ servitutis. id vel inde intelligitur: quod ut dicat fructuarius, se consentire impositioni servitutis; ob id non facit domini plenam proprietatem: non enim hoc pacto perit usufructus; neque eo solida sit proprietas: quia eam sic solidam facere non potuit: servantibus formam Juris: quo usufructus certis finitur modis: inter quos est in jure cessio domino proprietatis facta, pactum conventum non est. Nil facit argumentum desumptum a consensu creditoris, hypothecæ alienationi consentientis. tollitur enim hypotheca nudo consensu; sicut eo constituitur. sed usufructus habet modos certos quibus constituitur & finitur: inter quos nuda pactio non est; ut dixi. id eo clarius certiusque fuerit: quia similiter dici possit, servandum esse pactum quo fructuarius consentiat domino; volenti, locum religiosum facere; quasi illo pacto juri suo renuntiet: quod & ei & aliis licet. videri enim renuntiare juri usufructus sui deinde in religioso loco non consistentis. verum negat Ulpianus, quatenus ad regulas Juris attingit, id fructuarii consensu fieri: etsi contra obtineat favore religionis. quid ni igitur negat, hoc pactum & in servitute valere ex regulis Juris? Dices, esse proprietario jus imponendi prædio servitutem, non facturam deteriores fructuarii conditionem: atque ita Paulum præire in his verbis d. l. 16. D. de usufructu. *Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse aliis tollere.* Paulus vult, dominum proprietatis posse ædibus fructuariis sine fructuarii consensu imponere servitutem usufructui non nocituram. quod si est quid ni possit illi nocituram imponere consensu fructuarii? Sed aliter se res habet. distin.

distinguenda enim est servitus peræque ad proprietatem & usumfructum pertingens, a servitute ad proprietatem quidem respiciente, sed ad usumfructum non pertingente. nam si servitus & proprietatem & usumfructum afficit: tum si interveniat fructuarii consensus, siue non interveniat; non potest ea a proprietario imponi fundo fructuario; ut dictum: quia fructuarius neque jus proprietatis habet, neque consensu suo quidquam confert ad impositionem juris fundo inhæsurum. at si proponatur servitus ad solam pertingens proprietatem, non prohibetur dominus eam fundo imponere: supervacuo fructuarii consensu, ubi sola servitute debita est proprietas: veluti, (quod est exemplum *d. l. 16.*) si dominus proprietatis vicino talem concedat servitute, Ne sibi liceat altius tollere. respicit enim hæc servitus in non faciendo consistens, nudam proprietatem: ad usumfructum non pertinet. potest igitur a domino imponi prædio, etiam sine fructuarii consensu: sicut si usumfructum afficeret, non posset a domino imponi fundo, consentiente fructuario. At enim potest superficiarius servitute imponere superficiem quam non habeat omni jure. Sed id nil obstat: sicut enim ad servitutis impositionis necessarium ei est dominium a quo separatum non sit jus utendi fruendi: ita non opus est, id ejus esse omni jure. quin sufficit, ipsum uti frui superficie: & ut nequeat servitute superficiem imponere Civili Jure; quia eo Jure non est superficiem dominus: tamen si ei imposuerit servitute, Prætor qui eum pro domino habet constituta superficie, eam servitute tueretur non directis, sed utilibus actionibus *l. 1. §. ult. D. de superficiebus.*

Exposui Ulpianum & Paulum *d. l. 15. §. ult. l. 16. §. 17. D. de usufructu.* transeo ad Pomponium *l. 2. D. Si usufructus petetur.* verba Pomponii. *Si ab herede ex testamento fundi usufructus petitus sit, qui arbores deiecisset, aut ædificium demolitus esset; aut aliquo modo deteriore usufructum fecisset, aut servitutes imponendo, aut vicinorum prædia liberando: ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc quod interest, ab eo servetur.* Prima facie vult Pomponius: quod heres potest suo jure, etiam irrequisito fructuarii consensu, servitute fundo fructuario imponere: eoque facto, una competit fructuario actio ad id quod ejus interest, talem servitute fundo non esse impositam: quod superioribus est

contrarium. nam si heres, id est, dominus proprietatis, solus potest servitute imponere fundo fructuario: quæ dabitur ratio; cur minus faciat consensu fructuarii? videamus tamen, ne nihil faciat Pomponius, non enim loquitur de constituto jam usufructu, de quo nos egimus hætenus: sed de usufructu nondum constituto. hoc ut intelligatur, ita concipienda species est. testator aliquem instituit heredem; & ab eo alii legavit usumfructum fundi Cornelianum. is heres ante traditum legatario usumfructum, imponit fundo Cornelianum servitute; aut vicina prædia liberat debitis servitutibus. hæc species, in qua non debuit heres illa agere, etsi nondum constituto usufructu. & tamen si fecit; jure fecit: quia erat pleno jure dominus. cæterum, quia sic adversus defuncti voluntatem deteriore fecit usufructus causam, licet rescindi quod actum est, non possit, tamen dabitur fructuario ex testamento actio adversus heredem: ut quanti intersit fructuarii, non esse sic actum, ab herede servetur. sic ante traditum usumfructum. postea non est opus actione ex testamento: nam deinde non potest heres, invito fructuario, servitute imponere fructuario fundo, aut vicina prædia servitute debita liberare: & si contra faciat, nihil agit ipso jure. est hoc summo opere notandum: simul, quod ante traditum usumfructum, eo rectius potest heres servitute fundo fructuario imponere: quod in reliquis quidem legatis traditiones ab herede factæ, ad tempus aditæ hereditatis referuntur *l. 8. D. de rebus creditis.* at legatum usufructus non perinde retro agitur: non enim intelligitur cedere a morte testatoris, neque ab adita hereditate *l. unic. §. 6. C. de caducis tollendis*: quod in facto, hoc est in fruendo consistit *l. unic. D. quando dies usufructus legati cedat* ita quamquam pro debito ex die aditæ hereditatis habetur, tamen non habetur pro adquisito, ante traditionem ab herede factam; quando nullam admittit retro fictionem: cum non possit constitui sine persona vera quæ fruatur. ergo antequam constitutus, siue traditus sit, validum quidem est factum heredis deteriore facientis usufructum: nec tamen est impunitum: quia nil debuit facere in injuriam fructuarii: cui jam ex die cedentis legati ex testamento debebatur usufructus. proinde pertinet ad religionem Iudicis, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit. Sed
de domo & ædibus vel
nimis.

CAPUT XVI.

De usufructu servi.

Veni ad servi usufructum. placet vero Veteribus, quidquid ille ex operis suis, vel ex re fructuarii adquirat, fructuario adquiri: si extra eas causas quid persecutus sit, ad dominum proprietatis pertinere, auctor Gajus *l. 10. §. 3. D. de adquirendo rerum dominio.* Paulus quoque *lib. 5. Sentent. tit. 7. §. 5.* ait vero Ulpianus *l. 21. D. de usufructu*, id obtinere in primis, si legatus sit usufructus servi. sed in *l. 25. §. ult. D. eod. tit.* quærit, an & tunc locum habeat, si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum sit constitutus? subjicit autem, *Et vera est Pegasi sententia, quam & Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri.* Sic editur sed jam observavit Jacobus Cujacius, *lib. xi. Observ. c. 36.* scri-

bendum, *omni fructuario adquiri.* quo modo Græci legerunt, *Basilic. lib. xvi. tit. 1. tom. 2. pag. 256.* nec tamen dissimulabo, servari posse receptam lectionem, nulla detracta linea: modo restituatur, *omni a fructuario adquiri.* quod curiose nuper animadvertit Gulielmus Best, quem honoris causa hic appello, *lib. de Ration. emendandi leges, c. 7. §. 7. p. 89. & seq.*

Primum igitur acquiritur fructuario quod ex servi operis acquiritur. sunt enim operæ in fructu servi, & ob operas mercedes *l. 3. §. 4. D. de operis servorum.* solet certe haberi servus, ut serviat: & a fine ad quem habetur res, ejus fructus æstimatur. dato igitur servi usufructu, debet servus fructuario, vel ei cui is velit, operas: ac si operari nolit, cogi potest

test *l. 23. §. 1. D. de usufructu.* quando intelligitur fructuario concessione ususfructus concedi omne sine quo exerceri nequit.

Sed hoc procedit: dum ne servus sub pœna emptus sit, interdictis ei certis quibusdam. nam observare hæc debet fructuarius. alioquin non, ut debet, utitur & fruitur boni viri arbitratu *l. 27. §. ult. D. eod. tit.* Ea quoque ratione curabit: ne servi artificium contrarius & inusitatis ministeriis corrumpat; neve eum cicatricibus deformet, nam vel hæc ei cavenda esse, Ulpianus monet *l. 17. §. 1. D. eod. tit.* quia ut competat ei servi ususfructus: non tamen ei competit fructus liber atque infinitus: sed fructus cui usus inest fruendi causa, usus autem rei ejus conditione finitur. potest igitur fructuarius servo uti ad ejus conditionem *l. 15. §. 1. D. eod. tit.* sed eo abuti, id est, contrariis & inusitatis ministeriis ejus artificium corrumpere non debet. ut si (quod exemplum habet Ulpianus *d. l. 15. §. 1.*) *Librarium rus mittat, & qualum ac calcem portare cogat.* Librarius est qui plenius Scriba librarius appellatur in veteribus Inscriptionibus; ejusque officium esse, inter alia libros describere, cum ex Gajo liquet *l. 49. D. de operis libertorum*, tum ex Cicerone, *lib. xii. Ad Atticum, epist. 39.* & Suetonio in *Domitiano c. x.* notum est. Qualum porro Festus in *Canephora* exponit canum, seu cistæ genus. Est & qualus vindemiatorius exceptorisque in quo uvæ comportantur: auctore Ulpiano *l. 8. D. de instructo vel instrumento legato.* Isidorus *lib. 20. Originum c. 14.* interpretatur corbem colaque per quæ mustum fluit. & ita Virgilius usus fuit *lib. 2. Georgic. vers. 241.* quod præter Cujacium, *lib. xi. Observ. c. 36.* etiam annotavit Pancirollus, *The-saur. var. lect. lib. 1. c. 36.* Habes unum exemplum contrarii & inusitati ministerii. Alterum in *d. l. 15. §. 1.* est, *Sihistrionem balneatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palestra stercorandis latrinis preponat.* Ulpianus de symphonia dixit pro symphoniaco; & de palestra pro palæstrita. quomodo Justinus *lib. 1. c. 6.* servum de ergastulo dixit: & Cicero *lib. 2. De oratore c. 7.* hominem de schola, sic apud Apulejum *lib. 1. Metamorphos. Alium de foro quidem quod adversus eam locutus esset, in arietem deformavit.* Atriensis munus attingit Jacobus Cujacius *lib. x. Observ. c. 34.* fuisse eum inter lautiores servos, ostendit Fredericus Taubmannus, ad Plautum, *Asinar. 2. 1. vers. 16. & Pseudol. 2. 2. vers. 15.* Porro latrinas stercorare est, exstercorare, extergere, lavare. quod vilissimi mancipii esse, res loquitur, & ex Plauto tradit Cujacius, *d. c. 36. lib. xi.* Cæterum ut non potest fructuarius artificium servi quod certum sit, corrumpere contrariis & inusitatis ministeriis: ita ait Ulpianus *l. 27. §. 2. D. de usufructu*, fructuarium usum arte pel peritia servi, ejus quasi vacuo ministerio testator utebatur: si eum ipse disciplinis vel arte instituerit. Recte. sed quod est vacuum servi ministerium, idem arti & disciplinæ oppositum? nempe, quod non est uni & certo officio aut arti designatum, & contra omni operi vacans. quo sensu dicitur vacuus locus, vacua hereditas, vacantia bona: quum non sunt occupata. quod si est: videtur servus cujus veluti vacuo ministerio utitur testator, esse idem mediastino. nam & is artifici opponitur *l. 6. D. de operis servorum*, & ordinario *l. 15. §. 44. D. de injuriis*; videtur etiam, (ut dudum ab aliis traditum) dici mediastinus, quod in medio ster servus expositus omnibus, non certi officii, sed varii usus, ideoque ordinario vilior. qua-

les qui in balneis thermisque sunt: qui, ut Nonius auctor est, proprie mediastini vocantur: etsi loquendi usu obtinuit, ut qui in ædibus omni vacant ministerio, eo nomine continerentur. igitur si vacuum est servi ministerium, quia non est a domino assignatus uni arti aut officio: nihil prohibet, eum a fructuario alicui adhiberi arti aut disciplinæ; artisque ejus ac peritiæ fructum ad fructuarium pertinere. quod si occupatum jam a proprietario sit ejus ministerium: deinde resistit jus proprietatis, & forma ususfructus, ne a fructuario contrariis & inusitatis ministeriis ejus servi officium corrumpatur. Addit Ulpianus *d. l. 17. §. 1. D. de usufructu*, nec oportere servum cicatricibus deformare. nimirum, ne his quoque deterior fiat proprietarii conditio. intelligit autem Ulpianus cicatrices in primis stigmatum quæ in servorum frontibus aut vultibus uri aut scribi solent pluribus non modo literis aut verbis, sed etiam versibus & crimen, & causam stigmatis indignantibus: qua de re copiose & erudite V. Cl. Justus Lipsius *lib. 2. Electorum c. 15.* Eadem causa non debet fructuarius servum torquere aut flagellis cadere *l. 23. §. 1. D. de usufructu.* utrumque enim cicatricibus eum deformat: illud etiam membra ejus divellit ac luxat: ut Prudentius indicat, *Peristephan. Hymno Vincent. Mart. & Imperatores l. 7. C. de maleficis & mathematicis.* Ita licita sit fructuario modica servi coërcitio: at atrox, ut flagellorum ac tormentorum, non est *d. l. 23. §. 1.* spectat enim ad plenam quæ non est fructuarii, sed domini: modo si sine dolo malo faciat *d. l. 17. §. 1.*

At fructuarii juris sit non tantum quod ex operis suis, verum etiam quod ex re fructuarii acquirit fructuarius servus *d. l. 10. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio*: ut, si quod fecerit compendium ex administratione peculii a fructuario ei concessi; aut ex administratione rerum ejus *l. 31. D. de usufructu*: cujus complura exempla adfert Theophilus *ad §. 4. Inst. Per quas personas cuique acquiritur.* est vero id consequens rationi: quæ voluit, distinctis dominiis, si quid utilitatis ex alicujus re pervenerit, ejus fieri. Et tamen ita est: nisi servus nominatim proprietario aut ejus jussu adquirat. nam tum magis est, proprietario, quam fructuario, adquirere *l. 25. §. 3. D. de usufructu, l. 37. §. 5. D. de acquirendo rerum dominio.* id eo certius dixero: quia & si proprius servus sit hoc animo, ut nolit domino quærere, non acquirit domino *d. l. 37. §. 4. & l. 1. §. 19. D. de acquirenda possessione*: & si duorum communis servus nominatim uni stipuletur, quod non vult alteri acquisitum, uni soli acquirit *l. 5. D. de stipulatione servorum.* mirantur igitur, si non fructuario acquisitum velit fructuarius servus, sed domino proprietatis; non fructuario, sed domino adquiri? utique recto jure, nam ne locupletior eo prætextu fieret dominus cum injuria fructuarii: potest id domino condici utroque in casu *l. 39. D. de stipulatione servorum*: quemadmodum si communis servus adquisierit ex re alterius domini, est quidem id commune utriusque; sed potest is ex cujus re acquisitum fuerit, eam summam præcipere communi dividundo judicio *l. 28. §. 1. D. eod. tit. l. 45. D. de acquirendo rerum dominio.*

Igitur quod ex operis suis, vel ex re fructuarii acquirit fructuarius servus, fructuarium sequitur. si extra has causas quid adquirat ille servus ad proprietarium pertinet *l. 10. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio.* quia enim servus naturaliter acquirit domino in cujus potestate

testate est; sit quodammodo necessitate: ut quod fructuario adquiri nequit, domino adquiratur *l. 25. §. 3. D. de usufructu*. est hoc rationis in his quæ ex re proprietarii acquirit fructuarius servus. finge, hominem emisse & traditum accepisse, antequam solvat: in pendentem est, cui adquirat proprietatem. nam si solverit ex peculio fructuarii, ejus fuisse homo intelligitur: si solverit ex peculio proprietarii, videtur hujus ex post facto fuisse *d. l. 25. §. 1. l. 43. §. 2. D. de acquirendo rerum dominio*. Idem est: si quid adquirat servus, etsi non ex re proprietarii, tamen aliunde, quam ex re fructuarii, aut operis suis: ut si heres sit institutus, aut si quid ei sit donatum legatumve. non enim acquirit hoc ex operis suis, neque ex re fructuarii: sed ex benevolentia & liberalitate testatoris aut donatoris. non igitur fructuario acquirit, sed proprietario. præterquam, si illi sit fructuarii contemplatione donatum legatumve *l. 21. l. 22. D. de usufructu*. nam tum fructuarii sit: quia etsi non ex servi opera, neque e re fructuarii provenierit; tamen quia servo datum est fructuarii contemplatione, prope e re ejus acquisitum esse intelligitur *l. 45. §. ult. D. de acquirenda hereditate*. ita, si liqueat, servo donatum aut legatum esse fructuarii gratia. at si indistincte datum, legatumve est: magis est, proprietario adquiri. hoc Paulus vult *l. 49. D. de acquirendo rerum dominio*, his verbis. *Quod fructuarius ex re sua donat, ex re ejus est. sed si eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominum pertineat: dicendum est illi adquiri. si autem extraneus ei donet, indistincte soli proprietario acquiritur*. Sic Florentiæ interpungit Taurellius: & omnes exhibent editiones, quantum scio, sed præstat scribi, *si autem extraneus ei donet indistincte, soli proprietario acquiritur*. Sensus. Si extraneus, id est, alius, quam fructuarius, servo fructuario indistincte, hoc est, simpliciter donet: tum non fructuario acquiritur, sed soli proprietario.

Atque hoc quidem in donatione & legato sine dubio est. de hereditate autem ambigi possit, fructuario servo herede instituto; an fructuario additione adquirat hereditatem. sed verius est, non adquirere fructuario *l. 25. D. de acquirenda hereditate*. atqui hereditas per servum aditur *l. 3. C. de hereditibus instituendis*. sed placuit, additionem hereditatis non esse in operis servi *l. 45. D. de acquirenda hereditate, l. 47. D. de acquirendo rerum dominio*; etsi verum sit, ejus facto fieri.

Similis quaestio est apud Tryphoninum *l. 63. §. 3. D. eod. tit.* si thesaurum inveniat fructuarius servus in loco ejus qui habet servum proprium: an totus illius sit? & si in alieno, utrum eidem adquirat partem, an fructuario? inspectio illa est, num ex operis servi adquiratur. finge, terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuarii esse. quod vero subito & in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit; proprietatis domini sit. arbitratur tamen Tryphoninus, neque illius partem ad fructuarium pertinere: causatus, neminem servorum opera quærere thesaurum; nec servum ea propter tum terram fodisse: sed alii rei operam insumpsisse, & fortunam aliud dedisse. proinde si thesaurum servus invenerit in ipsius fructuarii agro, eum partem solam habiturum: sed non ut fructuarium; (quia a fortuna dari videtur thesaurus) sed ut agri dominum: alteram partem ad eum cujus in servo proprietas est, perventuram.

Fuit & de ancillæ partu vetus quaestio: in qua Brutum a Scævola & Manilio dislensisse, refert Cicero, *De finibus lib. 1.* Sed Ulpianus *l. 68. D.*

de usufructu, Bruti, inquit, sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usumfructum in eo habebit fructuarius. cæterum etsi ancillæ partus, ancillæ dato usufructu, fructuarii non sit, repugnante natura usufructus: tamen si relictus sit ipsius partus usufructus, placet Ulpiano *d. l. fructuarium habere partus usumfructum*. cum enim legari possit partus, id est, proprietas partus: quid ni legari poterit usufructus ejus?

Ex hisce apparet, quidquid ex operis suis vel ex re fructuarii acquirit fructuarius servus, fructuarii esse: si extra eas causas adquisiverit, proprietario quæri. idque in tantum verum est: ut si is servus velit, hoc fructuario stipulari, nihil agere intelligatur *l. 25. §. 3. D. de usufructu, l. 22. D. de stipulatione servorum*. nam ut dictum supra, potest fructuario tantum ex duabus causis adquirere: scilicet, ex re ejus, & ex suis operis: etsi possit domino proprietatis ex omnibus causis, id est, etiam aliunde, quam ex re ejus, & ex suis operis adquirere.

Inde subnascitur alia quaestio apud Julianum *l. 1. §. 5. D. de stipulatione servorum*, verbis sequentibus. *Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario: si quidem ex re fructuarii stipulatus esset, inutilis est stipulatio: quia utrique ex re fructuarii actionem adquirere potuisset. sed si aliud stipulatus fuisset, proprietarium petere posse: & si promissor fructuario solvisset, liberatur*. Quæritur: si fructuarius servus stipulatus esset proprietario aut fructuario; an valeat stipulatio? & ait Julianus, si quidem ex re fructuarii stipulatus esset, inutilem esse stipulationem: quia potuisset actionem utrique ex re fructuarii adquirere: in proposito autem non liquet, utri maluerit obligationem adquirere. igitur incertum rei, & Ulpianus *l. 13. D. eod. tit.* infit, *τὸ ἰσχυρὸν*, id est, æquivalens, facit, ut stipulatio corumpatur: idem de solutione dicendum: eo quod non invenitur, in cujus persona stipulatio, in cujus solutio consistat; ut & evenit in *l. 9. §. 1. l. 10. l. 11. l. 12. §. 13. D. eod. tit.* Sic: si ex re fructuarii esset stipulatus proprietario aut fructuario dari. at si aliud stipulatus fuisset, puta ex re proprietarii, vel certe aliunde, quam ex re fructuarii; jam valet stipulatio: quia apparet, eam proprietario, non fructuario adquiri. nam, ut dixi, solum potest fructuario ex re ejus, aut ex servi operis adquisi a fructuario servo: non æque quod extra eas causas ab eo adquiritur; ut ut ei nominatim stipuletur. contra potest fructuarius servus proprietario & ex re ejus & aliunde stipulari, proinde si ex re domini proprietatis stipulatus sit domino aut fructuario: adquiritur quidem domino ex ea stipulatione obligatio: fructuario autem ea non acquiritur: tantum est is pro adjecto solutionis gratia; nec ei exactio competit; sed ei solvi potest: & si solutum ei sit; liberatus obligatione esse promissor intelligitur. atque huc redit Julianus *d. l. 1. §. 5.* nec hic tantum: sed Gajus quoque *l. 28. D. eod. tit.* amplius Paulus *l. 98. §. 7. D. de solutionibus*. illud insuper observandum: quod alter Julianum allegat: uterque casum ad hanc concipit formam, *Si ex re domini domino aut fructuario servus stipulatus fuerit*. quæ igitur mora est: ne eodem modo restituatur in *d. l. 1. §. 5.* Julianus: *Si fructuarius servus stipulatus esset proprietario aut fructuario*: licet cuncta exemplaria, transpositis verbis, habeant, *Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario*. Sed hanc

hanc emendationem tuetur Juris forma : quam magno ingenio, nec minore diligentia, dudum demonstravit Vir Summus, quem, ut sæpe, honoris causa appello, Jacobus Cujacius *lib. 21. Observ. c. 14.*

Dixi quid juris sit : si unus habeat usumfructum servi. sequens lis erit : si duo eum habeant, & servus sit nominatim uni stipulatus ex ea re quæ ad utrosque pertineat. eam litem definit Paulus *l. 32. D. de stipulatione servorum.* quam corruptam esse, & egere emendationis existimavit V. CL. Franciscus Hotmanus *lib. 5. Observ. c. 3.* sed integer est Pauli locus, mea sententia : nec desiderat correctionem. verba Pauli. *Si cum duorum ususfructus esset in servo, (S) is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re quæ ad utrosque pertinet : Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usufructus partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio juris esset : sed verius est, utile communi dividendo judicio inter eos agi posse.* Utitur Paulus sententia Sabini : dicentis, soli cui stipulatus sit servus, obligatum esse promissorem. potestque eo confirmari illa sententia : quod si servus duorum communis uni sit nominatim stipulatus ; similiter soli acquirit *l. 5. D. eod. tit.* verum videndum esse ait Paulus *d. l. 32.* quemadmodum alter usufructus : (id est, alter fructuarius : ut *usum* pro usufructu dixit Salvianus *lib. 3. Adversus avaritiam*) ait, inquam, Paulus videndum esse, quemadmodum alter usufructus partem suam recipere possit. aliquis forte dicat : quod si duorum communis servus nominatim uni sit stipulatus, uni quidem acquirit *d. l. 5.* sed juris communio facit : ut alter possit partem recipere communi dividendo judicio *l. 45. D. de acquirendo rerum dominio.* Sed hoc in fructuariis non procedit : quoniam, ait Paulus, *inter eos nulla communio juris est* : id est, ut ego expono, quoniam inter eos nulla domini sive proprietatis communio est. *Jus enim est dominium sive proprietas distincta ab usufructu* : ut apud Salvianum *d. loc. & sæpe alias.* Addit tamen Paulus *d. l. 32. Sed verius est, utili communi dividendo judicio inter eos agi posse.* quo colore ? nam si nulla est inter eos juris communio ; ut Paulus ait : qui potest inter eos vel utile communi dividendo judicium dari ? Sed Paulus juris communionem dixit communionem domini rei fructuariæ : quæ nulla est inter duos fructuarios. quando usufructus non est rei dominium : sed jus a dominio rei separatum. est enim jus utendi fruendi rebus alienis. si tamen ad dominium non rei fructuariæ, sed usufructus spectes : etsi usufructus non est verum dominium, tamen habetur quasi dominium *l. 3. D. Si usufructus petetur, & jus in re appellatur l. 19. D. de damno infecto.* ita cum cessat inter fructuarios directa communi dividendo actio, sicut inter eos cessat rei fructuariæ dominium : tamen (quod Paulus ait *d. l. 32.*) verius est, utili communi dividendo judicio inter eos agi posse : quia inter eos est jus dominium simile. Exposui Paulum. Neque obstat Neratius *l. 24. D. de stipulatione servorum ;* Etsi, inquit, duorum usufructus sit, quod ex operis suis alteri eorum stipulatus sit, pro ea duntaxat parte ex qua usufructus ejus sit, adquiri. Non enim respicit Neratius ad initium obligationis, sed ad rei exitum : instituta communi dividendo actione.

Superiori quæstioni est affinis sequens tractatus apud Ulpianum, *l. 25. §. 6. D. de usufructu.* Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re servus sit stipulatus, queritur, utrum totum, an pro parte qua habet u-

sumfructum, ei queratur. nam & in duobus bonæ fidei possessoribus hoc est apud Scævola agitatum libro secundo Quæstionum ? & ait, vulgo creditum, rationemque hoc facere, (ut) si ex re alterius stipuletur, partem ei duntaxat queri, partem domino : quod si nominatim sit stipulatus, nec dubitari debere, quin adjecto nomine, solidum ei queratur. idemque ait, & si jussu ejus stipuletur : quoniam jussu pro nomine accipimus. idem & in fructuario erit dicendum : ut quo casu non totum adquiratur fructuario, proprietatis domino erit quæsitum ; quoniam ex re fructuarii queri ei posse ostendimus. Querit Ulpianus, si duo fructuarii sint, & servus sit ex re alterius stipulatus, utrum ei totum queratur, an pro parte qua habet usumfructum. Addit Ulpianus, esse hoc idem apud Scævola *lib. 2. Quæstionum* agitatum in duobus bonæ fidei possessoribus : quorum simile jus esse ei quod sit duorum fructuariorum, certi juris est *l. 10. §. 4. D. de acquirendo rerum dominio.* Ait autem Ulpianus, Scævola dicere, vulgo creditum esse, & rationem efficere : ut servus, si ex re alterius bonæ fidei possessoris stipuletur, non ei solidum querat : sed partem ei, partem domino. opinor, quia bonæ fidei possessor, ex cujus re stipulatus est servus, ejus non in solidum est possessor, sed ex parte : neque igitur potest ei servus in solidum adquirere, sed pro parte qua est possessor ; alteram autem partem non potest alteri bonæ fidei possessori adquirere : quia non ex re ejus adquisivit servus, neque ex suis operis, ex quibus ei potest tantum adquirere : superest igitur, ut eam partem vero adquirat domino : cui potest ex omnibus causis adquirere. Sic Scævola in servo a duobus bonæ fidei possessoribus. idemque esse, Ulpianus ait, si duos proponas fructuarios, & ex alterius re stipulatus sit servus : quia is fructuarius ex cujus re est stipulatus servus, non in solidum fructuarius est, sed pro parte. non igitur potest ei a servo adquiri in solidum, sed pro parte qua fructuarius est : altera autem pars non acquiritur alteri fructuario ; (quia neque ex re ejus, neque ex servi operis acquiritur) sed domino proprietatis : cui acquiritur etiam quod fructuario adquiri nequit *d. l. 25. §. 6. D. de usufructu.* Hoc, si servus ex alterius vel fructuarii vel bonæ fidei possessoris re vel simpliciter vel utrique stipuletur. At si nominatim stipuletur ei cujus res est : ait Ulpianus *d. loc.* dubitari non debere, quin adjecto nomine ei solidum querat : nempe, quia ei nominatim stipulatus est, & ex re ejus, ex qua potuit ei adquirere : idemque esse, & si ejus jussu stipuletur : quia jussu pro nomine accipimus. ita Scævola, si Ulpiano credimus, libro secundo Quæstionum.

At eam sententiam mutasse Scævola libro 13. Quæstionum, apparet ex *l. 19. D. de stipulatione servorum* : quam descriptam esse ex eo libro, ejus Inscripcio indicat. Verba hæc sunt. *Si alienus servus duobus bonæ fidei serviens, ex unius eorum re adquirat, ratio facit, ut ei ex cujus re adquisit, id totum (ei) adquirat : sive ei soli, sive quasi duobus serviat. nam & in veris dominis, quotiens utrique acquiritur, totiens partes adquiri. ceterum si alii non adquiratur, alium solidum habiturum. igitur eadem ratio erit & in proposito, ut hic servus alienus qui mihi & tibi bona fide servit, mihi solidum ex re mea adquirat : quia tibi non potest adquiri, quia non sit ex re tua.* In his verbis proponitur servus servire duobus bonæ fidei possessoribus, & ex unius eorum re adquirere. queritur, utrum utrique, an uni adquirat ? ait Scævola, rationem facere : ut ei ex cujus re adquisit, totum adquirat : neque referre, si-

ve ei soli, siue quasi duobus seruiat: hoc est, utrum ei soli vel nominatim vel ejus jussu; an quasi duobus, hoc est, simpliciter adquirat: idque firmat argumento desumpto a veris dominis quorum imaginem ferunt bonæ fidei possessores. id argumentum tale est: Si servus duorum communis hoc agit, ut utrique adquirat quod utrique adquiri potest; utrique partes adquiruntur; si vero sit quod alteri nequit adquiri; hoc alter in solidum habet: etsi id agat servus, ut utrique adquirat. ita in veris dominis, ipsumque etiam traditum l. 7. §. 1. l. 9. D. de stipulatione servorum. l. 12. D. de auctoritate tutorum. Idem in proposito erit in duobus bonæ fidei possessoribus prorsus, ut servus qui mihi & tibi servit bona fide, mihi solidum ex re mea adquirat: quia non potest tibi adquirere quod ex re tua non sit. Unde apparet, Scævola sententiam libro XIII. Quæstionum aliam fuisse, quam Ulpianus ei libro II. fuisse scribit. Eamque variationem ipse indigitat Ulpianus l. 23. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, sequentibus verbis. *Si quis duobus bona fide seruiat: utrique adquirit, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit; aut si liber sit, ei (cui bona fide servit): an vero ei debeat adquirere totum ex cuius re est, videamus? quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Quæstionum. ait enim: si alienus servus duobus bona fide seruiat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat: sed si adjiciat ejus nomen, ex cuius re stipulatur: nec dubitandum esse, ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur, alteri ex dominis nominatim stipulando, (solidum) ei adquirit. Et in inferioribus (probat): ut quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quoniam communis servus omnibus adquirere non potest; ei soli eum adquirere, cui potest. & hoc Julianum quoque scribere, saepe retuli, eoque jure utimur. Depravatum esse Ulpiani locum, recte suspicatus est Jacobus Cujacius, lib. 4. Observ. c. 1. sed quod Ulpiano obtulit remedium, ut quidem mihi videtur, non successit ex sententia: etsi id usque adeo laudet Antonius Faber lib. 4. Conject. c. 16. ut a Doctissimo illo Viro nihil umquam verius aut elegantius observatum fuisse opinetur. Nec tamen inficior, egregie vidisse D. Cujacium, circa initium d. §. 3. pro, *aut si liber sit, ei (cui bona fide servit) an vero, esse scribendum, aut si liber sit, sibi: an vero.* Unum saltem dico, quod ubi pro his verbis, *rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat*, substituit, *rationem facere, ut ei duntaxat partem adquirat*, prope est, ut procul vero sit; longeque aliam & Ulpiano & Scævola fieri medicinam oporteat. quod enim neque Cujacius animadvertit, neque alius, desunt verba, *Si jussu ejus stipuletur.* Inferere & lege. *Quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Quæstionum. ait enim: si alienus servus duobus bona fide seruiat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere ut ei duntaxat in solidum adquirat, si jussu ejus stipuletur: sed si adjiciat ejus nomen, ex cuius re stipulatur, nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur.* Sic ex conjectura supplevi locum: si dicenda est conjectura ad quam ducit sensus clarus & certus. is sensus est, Scævola velle libro secundo Quæstionum, Servum qui a duobus bona fide possidetur, ei ex cuius re stipulatur, solidum quærere: sed tum duntaxat, si aut jussu ejus, aut ei nominatim, stipuletur: non etiam, si simpliciter stipuletur ex re alterius. quod est consentaneum il-*

lis quæ ex eodem libro secundo Scævola supra attulit Ulpianus d. l. 23. §. 6. D. de usufructu: convenit quoque Ulpiani verbis quibus paulo post in d. §. 3. l. 23. novam & superiori contrariam Scævola sententiam ex ejus libro XIII. tradit: quæ verba sunt. *Et in inferioribus probat, ut quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit. &c.* Sed de his verbis paulo post. interim examinanda ratio est qua definitionem quæ libri secundi est, Scævola & ex eo Ulpianus firmat d. §. 3. ea ratio his ejus verbis continetur. *Quia & si ex re ipsius stipularetur, alteri ex dominis nominatim stipulando, (solidum) ei adquirit.* Ita solent hæc verba interpungi. sed malim. *Quia & si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando solidum ei adquirit.* Sensus, nihil mirum esse, hæc in bonæ fidei possessoribus a Scævola recipi libro secundo Quæstionum; cum eadem placeant in veris dominis. nam si servus duorum communis, nominatim uni ex re ipsius stipuletur, ei solidum adquirit. quamquam, si simpliciter stipuletur ex re alterius dominorum, nihilominus commune id erit: ut Gajus refert l. 45. D. de acquirendo rerum dominio, §. 18. §. 1. D. de stipulatione servorum. Sic sedisse Scævola libro secundo Quæstionum, Ulpianus ait d. §. 3. l. 23. sed addit, eum hanc sententiam mutasse in inferioribus; puta libris: id est, libro XIII. Quæstionum. verba hæc sunt. *Et in inferioribus (probat): ut quamvis non nominatim, nec jussu meo ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat.* Ulpianus significat, Scævola libro XIII. mutare sententiam quam tenuit libro II. malle enim libro XIII, (quod & ante ostendi ex d. l. 19. D. de stipulatione servorum quæ ex eo libro est) servum qui a duobus bona fide possidetur, cum ex re alterius possessoris stipulatur, siue ex jussu ejus cuius res est, siue ei nominatim stipuletur, ei solidum omnibus illis casibus indistincte acquirere. Et addit rationem Ulpianus: ea ratio est. *Nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus acquirere non potest, ei soli acquirat cui potest.* Ulpianus petit argumentum a servo duorum communi: qui si stipuletur rem quæ potest utrique adquiri, eam utrique adquirit: si minus, soli adquirit ei cui potest; et si neque ejus jussu, neque ei nominatim stipulatus sit. atque ita Julianum existimasse, ex eoque sæpe retulisse se, Ulpianus ait. quod verum est, & apparet ex l. 7. §. 1. D. de stipulatione servorum, §. 12. D. de auctoritate tutorum. Hoc igitur cum in communi obtineat servo; idem vult Scævola d. lib. XIII, ex eoque Ulpianus h. §. etiam obtinere in servo a duobus bona fide possessore: nempe, ut, si ex re unius stipuletur, siue simpliciter, siue ejus jussu, siue ei nominatim, indistincte ei solidum adquirat: tantum quia non potest alteri ex re alterius acquirere. Sed finiamus: satis enim demonstravi quod demonstrandum fuit, totum Ulpiani locum qui est in d. l. 23. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, esse hoc restituendum modo. *Si quis duobus bona fide seruiat: utrique adquirit, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit: aut si liber sit, sibi: an vero ei debeat adquirere totum ex cuius re est, videamus? quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Quæstionum. ait enim: si alienus servus duobus bona fide seruiat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat, si jussu ejus stipuletur: sed si adjiciat*

ejus nomen, ex cuius restipulatur: nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando (solidum) ei adquirit. Et in inferioribus (probat): ut, quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest: ei soli eum adquirere, cui potest. Et hoc Julianum quoque scribere, saepe retuli: eoque jure utimur.

Huc usque de commodis fructuarii servi. sequuntur onera: nam & hæc sustinere fructuarium, rationis est: eo quod obligatur servo illo non minus uti quam frui. est autem uti servo, eum exercere ad modum boni patrisfamilias soliti tam servi onera ferre, quam ejus commoda percipere. res loquitur; & apud Catonem, *De rerum rustica*, c. 5. in officiis villici extat, *Familia male ne sit, ne algeat, ne esuriat*. Quin Seneca, *De beneficiis*, lib. 3. c. 21. *Est, inquit, aliquid quod dominus prestare servo debeat: ut cibaria, vestiarius*. Ait, debeat. quomodo Marcianus l. 40. §. 1. *D. de peculio*, Si, inquit, id adquisit servus, quod dominus necesse non habet prestare, id esse peculium: si vero tunicas aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet prestare, non esse pe-

culium. Ita jam non officii res est: coepit necessitatis esse: posito Praefecto Urbi, qui audiat servum de fame & duritie querentem. clare Ulpianus l. 1. §. 8. *D. de officio Praefecti urbi*: & ante Seneca, d. c. 21. verba Senecæ. *De injuriis dominorum in servos qui audiat positus est, qui & seviriæ, & libidines, & in prabendis ad victum necessariis avaritiam compescat*. Sic in domino. miramur igitur, idem in fructuario esse? atqui oportet fructuarium non ad suum, sed ad domini modum uti frui. igitur nec qualiter qualiter alet & vestiet servum: (ea forma quæ describuntur illi apud Apulegum lib. 11. *Metamorph.* *Scissili centunculo magis inumbrati quam obtekti: nonnulli ex igno tegili tantummodo pubem injecti: cuncti tamen sic tunicati, ut essent per pannulos manifesti*) sed ut Ulpianus ait, l. 15. §. 2. *D. de usufructu*, debet fructuarius sufficienter alere & vestire, secundum ordinem & dignitatem mancipiorum. fuisse autem alia urbanorum, alia rusticorum cibaria, apparet ex l. 99. *D. de legatis lib. 3.* postremo monet Gajus l. 45. *D. de usufructu*, quod sicut impendia cibariorum in servum cuius ususfructus ad aliquem pertinet, ita & valetudinis impendia ad eum respicere, natura manifestum est.

CAPUT XVII.

De Usufructu pecoris.

Tantum de usufructu servi. restat pecoris: nam ejus quoque ususfructus expositionem promisi in fine capitis IV. ait autem Isidorus lib. XVII. *Origin. c. 6. pag. 1242. Fructus proprie dici agrorum & arborum quibus utique utimur. in animalibus vero abusive & translative vocari fructus*. Esse igitur Isidoro videtur pecoris fructus: in eoque assentientem sibi habet Varro in *De rerum rustica*, toto libro secundo. talis fructus est, verbi gratia, fœtus, præterea lac, pilus & lana. clare Imperator §. 37 *Inst. de rerum divisione*, (forte ex Gajo l. 28. *D. de usuris*) *In pecudum, inquit, fructu etiam fœtus est, sicut lac, pilus & lana. itaque, agni, hædi, & vituli, & equuli, & fœculi statim naturali jure domini fructuarii sunt*. idque & Sabinum & Cassium de fœtu esse opinatos, Ulpianus refert l. 68. §. 1. *D. de usufructu*, nec male de ariete Manilius lib. 4. *Astronomic.*

*In jugulumque dabit fructus, & mille per artes.
Vellera diversos ex se parientia questus.*

At sicut hæc aliaque pecoris commoda perceptione fructuarii juris fiunt: ita. æquum est, eum convenientem pecori adhibere culturam & curam. id facere bonum patremfamilias, cujus exemplo uti fructuarius oportet §. 38. *Inst. de rerum divisione*, non minus res postulat, quam suadent plerique rei rusticæ scriptores. Neque vero refert, utrum sit unius ususfructus capitis, an plurium. nam si unius sit capitis ususfructus: debet fructuarius id, quamdiu vivit, colere boni viri arbitratu. mortuum domino reparare ne substitutione quidem agnati capitis potest aut debet: non magis, quam servum mortuum, aut domum collapsam. quod enim priori substituitur caput, non est idem quod fuit, sed aliud. nec est hæc conditio dati usufructus: ut fructuarius, extincto quod accepit capite, pro eo aliud domino restituat: sed ut id constante usufructu tueatur, quantum licet: & finito, (quod sit ejus interitu) tantum quod superest, restituat.

Sic, si unius capitis sit ususfructus. Idem est, si complurium sit, at certorum: nam & tum debet fructuarius illa quamdiu vivent, curare arbitratu boni viri. mortuis autem alia substituere non cogitur l. 70. §. 3. *D. de usufructu*. Ut enim sit ususfructus complurium capitum, tamen singulorum ususfructus est. ac si quæ moriantur capita: ea sic esse definunt, ut fructuarius ea nec servare, nec restituere possit aut debeat. quod si est: apparet, durare quidem usumfructum superstitum capitum: defunctorum autem finiri: & solum quod ex his superest, domino restitui a fructuario oportere. Hoc, si unius aut certorum capitum sit ususfructus. At si sit armenti aut gregis ex pluribus confecti capitibus, aliud dicendum est d. l. 70. §. 3. l. 68. §. ult. *D. de usufructu*. constet enim grex ex pluribus, hisque distantibus capitibus: at universa non soluta habentur, sed uno & nomine & corpore continentur l. 30. *D. de usurpantibus & usucapionibus*: ita, si quæ moriantur capita, dum tot super sint, quot ad gregem sufficiunt, nihilominus grex est qui ante fuit, aliquot licet minor capitibus. idemque est; si defunctis nova substituantur. nam & tum idem videtur grex qui fuit: ut ut jam aliis constet capitibus, quam antefuerunt. nimirum, quia eadem manet gregis species, quamvis mutatis partibus. necesse autem est, eandem putari rem cuius eadem perseverat species, licet aliquibus mutatis partibus vel omnibus. auctor Alfenus l. 76. *D. de judiciis*. & argumento esse ait, quod idem appellatur populus qui ab hinc centum annis fuit; ut nemo jam vivat ex illis qui tunc fuerint. item eadem habetur legio ex qua decesserint multi quorum in locum rursus subiecti fuerint alii, eadem quoque existimatur navis adeo saepe restructa, ut nulla permanferit tabula quæ non esset nova. imo si quis putet, mutatis partibus, aliam fieri rem: ait Alfenus, fore; ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem simus futuri qui ab hinc anno fuerimus, propterea quod, ut Philo-

sophi dicunt, ex quibus particulis minimis consistimus, hæc quotidie ex corpore nostro decedunt, aliæque extrinsecus in earum locum accedunt. sit igitur eadem gregis ratio. putemus, quamdiu eadem consistit gregis species, eundem quoque gregem consistere. ita non possunt singula gregis capita a morte servari; nec magis post mortem reparari: tamen quia potest idem servari grex, hoc est, eadem universitas, pereuntibus per temporum spatia ejus capitibus: ideo si gregis usufructus sit; rationis est, pertinere ad officium fructuarii, curare ac colere non dicam singula gregis capita, sed ipsum in primis gregem; eumque quotannis reficere substitutione agnatorum capitum in locum mortuorum aut inutilium: eaque efficere providentia; ne aut pereat grex, aut minuat. *l. 68. §. fin. l. 70. §. 3. D. de usufructu*: prout bonum & diligentem patrem familias quotannis facere præcipit, præter Virgilium *lib. 3. Georgic. vers. 65. & seqq.* etiam Columella, *De re rustica lib. 7. c. 3*: ut commodè observavit Cujacius *lib. 11. Observ. c. 36*.

Ita est: debet fructuarius habens gregis usufructum, quotannis admittere gregem, & ex agnatis capitibus in locum defunctorum vel inutilium alia substituere capita, quod si non facit: non utitur grege secundum ejus conditionem; eoque nomine tenetur proprietario *l. 70. D. de usufructu*. Hoc, si sint agnata capita ex quibus grex refici & suppleri possit, quid, si non sint? finge, quo tempore editi sunt fœtus, non fuisse quod summitteretur: deinde aliqua mori capita. quid dicemus, ex his quæ edentur, an ex his quæ edita sunt, summissurum fructuarium? ait Ulpianus *d. l. 70. §. 4*. pleno grege edita ad fructuarium pertinere: posteriorem gregis casum nocere fructuario. peritissime: nam de officio boni pastoris ad cujus exemplum regere se fructuarium oportet, hac in parte sic scribit Columella *d. c. 3. lib. 7. De re rustica* Nec committi debet, ut totus grex effectus senectute dominum destituat: cum

præsertim boni pastoris vel prima cura sit annis omnibus in demortuarum vitiosarumque ovium locum totidem vel etiam plura capita substituere: quoniam sæpe frigorū atque hiemis sævitiæ pastorem decipit, & eas oves interimit, quas ille tempore autumnu raturus adhuc esse tolerabiles, non summovertat. quo magis etiam propter hos casus, nisi validissima quæ non comprehendatur hieme, novaque progenie repleatur numerus.

Effectus hujus substitutionis est, quem indicat Pomponius *l. 69. D. de usufructu*, ut substituta quidem capita statim domini proprietatis fiant: ea autem in quorum locum facta est substitutio, desinant ejus esse ex natura fructus: nam alioquin quod nascitur, fructuarii est, & cum substituit, desinit ejus esse. verba Pomponii ubique sic eduntur, *vel inutilium alia summittere: ut, post substituta, fiant propria fructuarii, ne lucro eares cedat domino. & sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinant ejus esse*. Ita, ut dixi, passim editur. sed non est improbabilis conjectura V. CL. Jani a Costa, ad *§. 38. Inst. de rerum divisione* legentis, ut, post substituta, fiant priora fructuarii, quam conjecturam & sequentia juvant, & similis locutio *l. 18. D. eod. tit.* Sic, si jam facta sit substitutio, sed quid, si nondum facta sit? quæri potest, cujus interim sit fœtus, donec mortua suppleantur capita? sed ait Ulpianus, Julianum scribere *lib. 35. Digestorum*, pendere eorum dominium: ut, si summittantur, proprietarii sint: alioquin fructuarii *l. 70. §. 1. D. eod. tit.* & recte: summittere enim facti est: & Julianus proprie dicit, dispertire & dividere & divisionem quamdam facere *d. l. 70. §. ult.* Secundum quæ, si decesserit fœtus, erit periculum non proprietarii, sed fructuarii, qui & necesse habebit, alios fœtus summittere. unde Gajus Cassius *lib. 8. scribit*, carnem demortui fœtus ad fructu-

rium pertinere *d. l.*

70. §. 2.

CAPUT XVIII.

De cautione a fructuario præstanda ex Edicto Prætoris. id Edictum restitutum, & explicitum.

Descripti multis omnem usufructus rationem; iisque ostendi, fructuarium, constante quidem usufructu, re fructuaria quacumque ratione uti frui; modo ea utatur arbitrato boni viri; finito autem usufructu, teneri quod extabit, domino proprietatis restituere. ordo nunc postulat: uti deinde de cautione fructuaria disseram. nam sicut re fructuaria uti frui debet fructuarius, ita oportet dominum de sua proprietate esse securum. proinde æquissimum esse, Prætor existimavit, legato usufructu, de utroque cavere legatarium. Edicti formam ita confinxit V. CL. Gulielmus Ranchinus ex *l. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat. Si cujus rei usufructus legatus esse dicatur, usufructuarium se usufructum boni viri arbitrato: & cum usufructus ad eum pertinere desierit, se ei restitutum ad quem eares pertinebit, satisfare jubebo*. Sic Ranchinus: & probo, quod satisfactionis mentionem fecit. nam Prætor rem satisfdari jussisse, apparet ex *l. 13. D. de usufructu, l. 4. C. eod. tit. & l. 5. §. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, quamvis Ulpianus *d. l. 1. D. eod. tit.* faciat mentionem cautionis. Non æque probo, quod simpliciter ait Ranchinus, *se restitutum*.

Noode Operum Tomus 1.

non enim jussit Prætor, caveri de restituenda re, sed de restituendo eo quod extabit *d. l. 1*. Præterea fugit Ranchinum, quod edixit Prætor de pœna non præstitæ satisfactionis: quæ pœna est; ut, si non satisfdat fructuarius, ei denegetur actio *l. 13. D. de usufructu*. Sed & si usus sine fructu legatus erit; voluit Prætor, adempta fructus causa, satisfdari *d. l. 5. §. 1*. Nulla igitur erit per me mora: ne Edictum ad hunc concipiatur modum. *Si cujus rei usufructus legatus esse dicatur: jubebo, legatarium satisfdari, usufructum fructuum se boni viri arbitrato: & cum usufructus ad eum pertinere desinet, quod inde extabit restitutum ei ad quem pertinebit, si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisfdari jubebo. si non satisfdabit: actionem non dabo*. Restitui, ut debui, Edicti formam, nunc sensum dabo.

Ait Prætor. *Si cujus rei usufructus legatus erit*. Hæc verba, *si cujus rei*, sive si alicujus rei, cum generalia sint, & late pateant; apparet, qualiscumque rei legatus sit usufructus, sive mobilis, sive immobilis, cautionem a Prætoris desiderari *l. 1. §. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*.

Ait Prætor, *Usufructus*. igitur si legatus erit alicujus

li 2

cujus

cujus rei ususfructus, de eo satisfdari jubet Prætor. idemque est, si usps sine fructu legatus erit, nam & tum adempta fructus causa satisfdari, jubet Prætor, hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur *d. l. 5. §. 1.* suadet enim ratio, quod de usufructu proditum, vel in usu observari, ergo & si fructus sine usu obrigerit: (quod aliquando fieri, ostendit Jacobus Cujacius *lib. 13. Observ. c. 12. ex l. 14. §. ult. D. de usu & habitatione*) stipulatio locum habebit *d. l. 5. §. 2.* quid, si habitatio, vel operæ hominis vel cujus alterius animalis relictæ fuerint? poterat aliqua esse dubitatio: quia in his neque merus fructus, neque merus usus est: sed Ulpiano vitum *d. l. 5. §. ult.* hic quoque admittit satisfdationem, verba Ulpiani, *Et si habitatio vel opera hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, stipulatio locum habebit: licet per omnia hæc usufructum non imitantur.* Sic editur, sed scribendum, *Licet per omnia hæc usufructumve non imitantur.* ostendi id *Probabilium lib. 3. c. 8.* nec jam agam actum.

Potius transibo ad *l. 6. D. eod. tit.* in qua vacillat exemplarium fides. Florentiæ exhibet Taurellius, *Idem est & in reitu prædii: sicuti si vindemia legata esset, vel messis: quamvis ex usufructu ea percipiuntur, qua legata morte legatarii ad heredem redeunt.* Alias legitur, *Idem est & in reitu prædii: sicuti si vindemia legata sit vel messis: quamvis ex usufructu ea percipiuntur, morteque legatarii, ad heredem redeat.* ita Haloander, sunt præterea conjecturæ Francisci Connani *lib. 4. Com. jur. c. 5. n. 3.* & Antonii Fabri, *Rationalib.* Sed, mea sententia, constat ratio Florentinæ lectioni. in ea quæritur, si legatus sit fundi redditus, aut vindemia, aut messis: an teneatur legatarius præstare fructuariam cautionem? alius enim est usufructus prædii, alius redditus, aut messis, aut vindemia, nam usufructus est jus percipiendi redditum vel messem, vel vindemiam, ex fundo, redditus, messis, vindemia, est quod ex prædii usufructu percipitur. De reitu liquet ex *l. 38. D. de usu & usufructu legato.* Messis autem sic apud Justinum accipitur *lib. 47. c. 7. Prohibiti agrestes oraculis feruntur, messes vinaque villis efferre.* Non igitur videtur Edictum quod de legato usufructu aut usu loquitur, pertinere ad legatum redditus, messis, aut vindemiæ prædii: quia messis, vindemia, redditus, non est jus, ut usufructus, sed magis est corpus quod ex usufructu percipitur. Paulus tamen putat, Edictum etiam ad tales formulas respicere: eo quod sub his plerumque aut ipse continetur usufructus, aut jus aliquod usufructui non dissimile: cum utique talia legata æque ad heredem legatarii morte revertantur, atque usufructus morte fructuarii.

Ait Prætor, *Legatus erit.* Apparet, eum loqui de legato usufructu, sed utilitas præstandæ cautionis fecit: ut etiam, fideicommisso, mortis causa donatione, Judicis sententia, vel alia ratione, constituantur, licet Edicti verba deficiant, tamen ex ejus sententia præstanda videatur satisfdatio *l. 1. §. 2. D. Usufructuarius quemadmodum caveat, l. 4. C. de usufructu.* idque est quod Ulpianus *l. 13. D. eod. tit.* ait, Julianum scripsisse, *hæc ad omnem usufructum pertinere.* Præterea monet Ulpianus *l. 9. §. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, si ipso jure quis habet usufructum, siue etiam per tuitionem Prætoris, nihilominus cogendum esse fructuarium, aut cavere, aut actiones suscipere. Et recte: nam si satisfdare jubetur qui ipso jure habet usufructum, quanto magis tenebitur satisfdare qui eum habet tantum per tuitionem Prætoris: soliti auxilium unicuique præbere ad juris sui

conservationem: nulli in præjudicium disciplinæ, igitur siue ipso jure quis habet usufructum, siue per tuitionem Prætoris: ait Ulpianus, cogendum esse, cavere aut suscipere actiones quibus acturus adversus eum sit dominus proprietatis: quales actiones sunt rei vindicatio & condictio *l. 7. D. eod. tit.* Habet porro, ut hoc addam, fructuarius usufructum ipso jure: verbi gratia, si usufructus ei sit in jure cessus: aut a vero rei domino legatus per vindicationem, tuitione Prætoris habet usufructum is, verbi gratia, cui est traditus usufructus ab herede, cum esset legatus per damnationem auctore Paulo *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 17.* item si in fundo vectigali, vel superficie, non jure constitutus sit *l. 1. D. Quibus modis usufructus amittitur, l. 1. §. 6. & 7. D. de superficiebus*, aut si non legato, sed per fideicommissum relictus sit *l. 3. D. Si usufructus petetur, l. 29. D. de usu & usufructu legato.*

Ait porro Prætor, *Legatarium satisfdare jubebo.* Non ait, cavere, sed satisfdare, & est inter utrumque differentia, nam cautio fit non tantum fidejussoribus, sed pignoribus quoque *l. 1. §. 9. D. de collatione bonorum.* contra satisfdatio desiderat personas intervenientium: pignoribus contenta non est *l. 7. D. de stipulationibus Prætoris.* tenetur igitur legatarius satisfdare: id est, (ut Paulus ait, *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 30.*) cogitur cavere datis fidejussoribus, sed quid? ait Prætor, *Et usum fructum se boni viri arbitratu: & cum usufructus ad eum pertinere desinit, restituendum quod inde extabit.* Habet autem stipulatio ista (quod Ulpianus notat *l. 1. §. 6. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*) duas causas: id est, duas clausulas; ut bene interpretatur Jacobus Cujacius *lib. 9. Observ. c. 39.* una est, si quis utatur aliter, quamvis vir bonus arbitrabitur: altera est de usufructu restituendo, prior statim committeretur, quam aliter fuerit usus; & sapius committeretur *d. l. 1. §. 6.* quid porro velit hæc clausula, Usus fructum boni viri arbitratu, in antecessum satis abundeque demonstratum est. Ulpianus *l. 1. §. 3. D. eod. tit.* breviter definit, *Viri boni arbitratu perceptum iri usufructum, hoc est, non deteriore se causam usufructus facturum, cateraque facturum qua in re sua faceret.* Paulus *d. lib. 3. tit. 8. §. 30.* ait, *Usufructu legato, de modo utendi cautio a fructuario solet interponi: & ideo perinde omnia se facturum, ac si optimus paterfamilias uteretur, fidejussoribus oblati cavere cogetur.* Potest vero in hanc partem multis impingi modis; nec minus dubitari post aliquantum temporis, utrum res deterior facta sit, an non sit, igitur recte facient & heres & legatarius, si in testatum redegerint, qualis res sit, cum frui incipit legatarius; ut inde apparere possit, an & quatenus rem pejorem fecerit legatarius *d. l. 1. §. 4.* Altera clausula committitur, finito usufructu *d. l. 1. §. 6.* indistincte autem insit Prætor, *Et cum pertinere desinet,* optime igitur Ulpianus *l. 3. D. eod. tit.* Omnes, inquit, casus continentur huic stipulationi quibus usufructus amittitur. Sic Florentiæ editur, apud Haloandrum est, *continentur hæc stipulatione.* Non male, nec tamen absurda est Florentina lectio: ut jam ostenderunt Clarissimi, Eruditissimi que Viri, Barnabas Brissonius, *Parergis*, & Carolus Andreas Dukerus, *Animadversionibus ad Opuscula varia de Latinitate Jurisconsultorum Veterum pag. 337. n. 2.* Committitur igitur posterior cautionis clausula, ubi ad aliquem pertinere desit usufructus, postquam ad eum cœpit

cœpit pertinere. Illud mirere; quod Ulpianus in *d. l. 3. §. 1.* ait usumfructum posse desinere, ubi numquam cœpit. an enim potest desinere ad aliquem pertinere usumfructus qui ad eum numquam pertinere cœpit *l. 208. D. de regulis juris?* videamus tamen, ne hoc accadat: si usumfructus sub conditione legatus, ea pendente sit per errorem, aut per humanitatem traditus. numquam enim fuit usumfructus, pendente conditione; quamvis traditus. nihilominus interposita a legatario cautione de restituendo, cum desierit ad eum pertinere non resistit ratio, quo minus is, deficiente conditione, verbi gratia, ad restitutionem perinde teneatur, ac si cœpisset ad eum pertinere usumfructus: quamvis ex verborum subtilitate non magis desierit, quam cœperit. Simili modo Seneca *Epist. 23. in fin. Quidam ante vivere defecerunt, quam inciperent.*

Sequitur in Edicto, *Restitutum iri quod inde extabit.* Et notandum: quod non jubet Prætor, proprietarium stipulari, ipsam rem dari: (nam rem suam dari inutiliter stipulatur: cum quod ejus est, amplius ejus fieri nequeat) sed jubet, eum stipulari, restitutum iri quod inde extabit: quia quod meum est, etsi non possit mihi dari, mihi tamen restitui potest *l. 1. §. ult. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* Non magis prætereundum est: quod in hanc stipulationem tantum venit restitutio ejus quod extabit. sic enim jussit Prætor: nempe quia fructuario sit jus terendæ rei attritioni obnoxia: si ea utatur boni viri arbitratu. sed & alias potest fieri; ut res minuatur sine culpa fructuarii. bonum igitur factum Prætoris: jubentis, rem restitui, non qualis fuit tempore constituti usumfructus; sed qualis erit tempore finiti *l. 9. §. 3. D. eod. tit.* Ait igitur Prætor, *Quod inde extabit* hac vero appellatione & res fructuaria, & ejus æstimatio comprehenditur. primum res: si extat, & potest restitui. quid, si non possit: quia desiit extare? si quidem sine culpa & mora fructuarii: cessat stipulatio, neque ex ea agi potest *d. l. 9. §. 3.* at si fructuarii dolo, aut culpa, aut post moram ejus desiit extare: interpretatione quidem Juris extat *l. 91. §. 3. §. 6. D. de verborum obligationibus:* sed interim non potest restitui quæ naturaliter non est. igitur necessitate sit, ut in locum rei succedat æstimatio ejus *l. 2. §. 1. §. l. 5. §. ult. D. de in litem jurando,* & fructuarius eam præstans, quod ex re fructuaria extat, præstare intelligatur. idem dicendum est, si res non possit restitui, licet extet: dum apud fructuarium non extet. sit exemplum in usucapione rei fructuariæ: quam fructuarius, cum posset interpellare lite contestata, neglexit interpellare: procul dubio usucapta ea res, durante usufructu, est fructuarii culpa: suscepit enim in se omnem rei curam; eoque custodiam præstare ei debet *d. l. 1. §. ult. §. l. 2.* interim, ut dixi, quum posset, & teneretur, cessavit usucapionem interrumpere. adhuc extat quidem res; at apud fructuarium non extat; ejus certe culpa factum est, ut ab eo restitui nequeat. placet igitur, hoc quoque casu stipulationi inesse proprietatis æstimationem *d. l. 1. §. ult.* prorsus, ut illa æstimatio, quia succedit in locum rei fructuariæ, ob id ea ex re superesse intelligatur. Postremo addendum est hoc in loco: quod

satisfactio quam Prætor interponi jubet, continet, dolum malum abesse, abfuturumque esse. Ad hanc clausulam alludit Ulpianus *l. 5. D. Usufructuarius quemadmodum caveat* his verbis. *Huic stipulationi dolum malum abesse abfuturumque esse continetur; & cum in rem sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum, & adoptivi patris.* Ait, *Huic stipulationi continetur: in l. 3. eod. tit.* quo de paulo ante.

Huc usque dixit Prætor, quemadmodum caveat fructuarius. sequens locus erit, cui cavere eum oporteat. ostendit hunc Prætor: cum ait, *Ei ad quem ea res pertinebit.* Is vero est proprietarius, heres, verbi gratia. non igitur dubium est, quin ei cavere debeat fructuarius *l. 10. D. eod. tit.* quod si plures sint domini proprietatis: pro sua quisque parte stipulabitur *l. 9. §. ult. D. eod. tit. l. 13. D. de usufructu.* proinde si tibi usumfructus & mihi proprietas legetur: mihi cavendum est *l. 8. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* quod si mihi proprietas sit legata sub conditione: ait Paulus *d. l. 8.* quosdam, ut Marcianum, putare, & heredi & mihi cavendum esse, eamque sententiam veram esse. scilicet, quia alter est dominus, alter futurus speratur. Eadem ratione, si mihi proprietas legata sit, & cum ad me pertinere desierit, alii: & hic utrisque cavendum, ut supra placuit. æque si duobus conjunctim legatus sit usumfructus: facit incertum juris accrescendi; ut & invicem sibi cavere debeant fructuarii, & heredi in casum illum, si ad socium non pertineat usumfructus, heredi reddi. sic Paulus *d. l. 8.* & ad eundem modum Julianus *l. 6. §. 1. D. de usufructu earum rerum.* Plane, si proprietas sit legata ex die, usumfructus pure: verius est, remittendam fructuario esse cautionem: quod certum est, proprietatem vel ad eum, vel ad ejus heredem perventuram *l. 9. §. 2. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* Cæterum, si heredi cautum sit de restituenda re, finito usufructu: competit ei, commissa stipulatione, ex hac causa ex stipulatu actio: nisi reperitus legato sit usumfructus: id est, nisi ita sit legatus, ut testator velit, eum quoties amissus erit, rursus legatum *l. 3. §. 2. D. eod. tit.* Idem est, si quis tibi legaverit usumfructum, & sub conditione, Si liberos habueris, proprietatem. Nam amisso usufructu, committeretur stipulatio, sed exceptio locum habebit *d. l. 3. §. 3.* Quid, si heres alienaverit proprietatem, & postea amittatur usumfructus? tum (ut Paulus ait *d. l. 3. §. 4.*) fortius dici potest, ipso jure non committi stipulationem: quia neque heredi, successoribusve ejus restitui potest; neque is cui potest, (id est, ad quem pervenit proprietas) pertinet ad stipulationem, addit Paulus, Sed is ad quem pervenit, tempore quæsti domini sibi prospicere alia, id est, nova sive propria cautione debet. quod & si non fecerit, nihilominus in rem actione uti potest. vice quoque versa, si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit: desinit quidem usumfructus ad eum pertinere, propter confusionem: sed si ex stipulatu cum eo agatur, aut ipso jure inutiliter agi dicendum est, si boni viri arbitrium huc usque porrigitur: aut in factum excipere debet *l. 4.*

D. eod. tit.

CAPUT XIX.

Fructuario, si heredi non satisdet, a Pratore negari actionem de usufructu, et si remissa ei a testatore sit satisfactio; nec interesse inter priorem & posteriorem ejus clausulam. idem esse, si remissa fructuario satisfactio sit pactione heredis an deneganda sit actio fructuario non inveniendi fidejussorem qui pro eo satisdet? videri durum: sed esse servandum clara Edicti voluntati. alia.

Deinde ait Prætor, *Si non satisfabit, actionem ei non dabo.* Oportet igitur fructuarium satisfacere: & si non satisdet; est hæc pœna: quod Prætor ei non dabit actionem *l. 13. D. de usufructu.* sunt vero generalia Edicti verba, *Si non satisfabit.* quicumque igitur ex causa non satisdet fructuarius, non dabit ei actionem Prætor. Id citra dubitationem est, non remissa a testatore cautione. Et quid, si hoc sit? non enim distinguit Prætor. Atqui pro lege servatur testatoris voluntas *l. 120. D. de verborum significatione.* Nisi legibus, aut bonis moribus, adversatur *l. 55. l. 112. §. pen. D. de legatis lib. 1.* id vero hoc in casu observatur. nam Prætor jubet, satisfactionem a fructuario præstari. præterea videtur ea remissio invitare fructuarium ad peccandum in re aliena. frustra igitur ei remittitur a testatore cautio: legibus & bonis moribus contrariis. utique quatenus ad priorem ejus clausulam pertinet. nam in hac omnes consentiunt. quod vero ad posteriorem attinet, plerique contra opinantur: causati, remissionem hac in specie non adversari bonis moribus: argumentoque esse, satisfactionem legati aut fideicommissi servandi causa a Præatore introductam: quam testatoris voluntate jam remitti posse *l. 2. & l. 4. C. Ut in possessionem legatorum.* quod, si in ea placuit illa remissio: quid causæ esse; ne in nostra quoque recipiatur. ita certe præire Imp. Alexandrum *l. 7. C. eod. tit.* verbis sequentibus. *Scire debetis, fideicommissi (quidem) & legati satisfactionem remitti posse, Divum Marcum & Divum Commodum constituisse, ut autem boni viri arbitratu is cui usufructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactionem remitti testamento posse.* Sic Alexander. putant vero plerique, eum Imperatorem negare, testamento remitti satisfactionem, *Ut boni viri arbitratu is cui usufructus relictus est, utatur fruatur:* verum de satisfactione, *Cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit,* tale nihil dicere. igitur alteram cautionis clausulam testamento remitti posse; alteram non posse. At ea sententia, utcumque probabilis primo adspectu, mihi sordet: quia in toto Juris Corpore non occurrit locus, in quo testatori indulgeatur remissio cautionis, a fructuario præstandæ; sive sit quæstio de priore, sive de posteriore ejus clausula. fit igitur utriusque remissio contra Edictum Prætoris; eoque Regulis Juris peræque infirmatur. Non me urit: quod ex *d. l. 2. & d. l. 4.* est contradicendum de remissione cautionis, legati aut fideicommissi servandi gratia. nam ea est nominatim Divi Marci Constitutione permessa: verum ut æque licita esset remissio fructuariæ cautionis, nulla Principis Constitutione effectum est. quod igitur de illa cautione nominatim placuit Divo Marco; absit, ut ad hanc sine Principis indulgentia a privato Magistratu, aut Juriconsulto, porrigatur. Nolo, me spectes:

ipse sic colligit Imp. Alexander; si ejus verba in *d. l. 7.* recta putamus via. non enim habenda ea est pro lege proprie dicta; ut possit quis argumentari a contrario aut a consequentia: tantum est Rescriptum ad factum Libello Proculiani, & quorundam aliorum, ut tum moris erat, Imperatori oblatum. in eo Libello petierat Proculianus sibi & quibusdam aliis, secundum testatoris voluntatem, concedi remissionem satisfactionis, Usurum fructuum boni viri arbitratu; id est, concedi remissionem fructuariæ cautionis; sicut Divus Marcus & Divus Commodus fideicommissi & legati servandi causa satisfactionem cujus eadem videbatur ratio, jam remitti, passi essent. Hæc Libelli summa. quid Imp. Alexander? Scire, inquit, deberis, non procedere argumentum quod facitis a remissione cautionis legati vel fideicommissi servandi gratia ad remissionem fructuariæ cautionis, quæ est, *Ut boni viri arbitratu is cui usufructus relictus est, utatur fruatur.* nam priorem quidem remitti posse, Divus Marcus & Divus Commodus constituerunt: (cognito, utile esse, satisfactiones voluntatis defunctorum tuendæ gratia inventas, eorumdem voluntate remitti *d. l. 2.*) de posteriore autem neque illi, neque alii, simile rescripserunt. potest igitur satisfactio legati aut fideicommissi servandi causa in testamento remitti: quia id Constitutionibus Divorum Marci & Commodi justa ratione permittitur. at satisfactio, *Ut boni viri arbitratu is cui usufructus relictus est, utatur fruatur,* minime remitti testamento potest: quia non placuit Principibus testatori indulgere remissionem fructuariæ satisfactionis, magis ad heredis, quam ad ipsius utilitatem, respicientis. manet igitur hæc satisfactio sub antiqui Juris Regulis a quibus exempta non est. Ad liquidum adduxi Alexandrum. Nisi is magis meminit prioris partis fructuariæ cautionis: quam posterioris de qua nobis lis est. At quid absurdum est, integram cautionis formulam primis ejus verbis indigitari? usitata Veteribus locutione; sed in præsentia Interpretibus non observata, igitur pauca apponam exempla. hoc modo Ulpianus *l. ult. D. Usufructuarius quemadmodum caveat,* Si, inquit, *vasorum (ipsorum) usufructus relictus sit, non erit cautio Senatusconsulti necessaria, sed illa sola, Boni viri arbitratu usurum fructuum.* Ulpianus significat, relicto vasorum usufructu, non desiderari cautionem quasi usufructus Senatusconsulto inventam: sed sufficere illam cujus initium est, *Boni viri arbitratu usurum fructuum:* quæ est cautio veri usufructus. Similiter in *l. 13. D. de usufructu,* ait, *Si usufructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisfecerit, Se boni viri arbitratu usurum fructuum.* Sensus Ulpiani est, Non

Non prius dandam esse fructuario actionem, quam praestiterit fructuariam cautionem. Mitto Ulpianum. quid Imp. Alexander cuius sententiam quaerimus? & ipse hanc formulam primis designat ejus verbis l. 4. C. de usufructu: sic rescribens. *Usufructu constituto, consequens est, ut satisfactio boni viri arbitratu praebeatur ab eo ad quem id commodum pervenit, quod nullam lesionem ex usu proprietati adferet.* Alibi quoque evenit: ut a primis Edicti verbis quo actio aut interdictum proponitur, actio aut interdictum appelletur: & exemplum in l. 1. D. Quod legatorum: in qua Ulpianus, *Hoc, inquit, interdictum vulgo Quod legatorum appellatur.* Unde: nisi a primis Edicti verbis quae sunt §. 2. ejusdem loci? Et in l. 1. §. 1. D. Quorum bonorum infit, *Hoc interdictum Quorum bonorum appellatur.* nempe a primis Edicti verbis quae sunt in principio ejusdem capituli. Sed & certi conditio vocatur actio *Si certum petetur l. 1. D. de conditione triticiaria.* Unde: nisi a primis Edicti verbis quibus promissa a Praetore haec actio fuit?

Satis dictum de remissione fructuariae cautionis a testatore facta. videamus; an possit fieri pactio- ne heredis aut alterius domini, usumfructum tradentis. Sed non puto. est enim talis pactio adversus leges: quia est adversus formam, usufructui a Praetore datam: nempe, ne fructuarius in re fructuaria grassetur cum injuria proprietarii. negat autem Praetor l. 7. §. 7. de pactis, se servaturum pacta adversus leges facta: id est, (ut ad Edictum de pactis & transactionibus pridem ostendam) adversus Jus Civile, aut Praetorium: quo data ple- risque rebus est forma a publica utilitate non aliena. Nec magnam moram huic liti facit Tryphoninus l. 46. D. de pactis: ita scribens. *Pactum inter heredem & legatarium factum, ne ab eo satis accipiat- ur, cum in Semestribus relata est Constitutio Divi Marci, servari in hoc quoque defuncti voluntatem; validum esse constat: nec a legatario remissa heredi satisfactio per pactum, ex poenitentia revocari debet: cum liceat sui juris persecutionem, aut spem futurae perceptionis deteriore constitutere.* Est enim haec Tryphonini species diversa a nostra. nempe testator, apud Tryphoninum, legatario reliquit legatum sub conditione aut in diem: & quia non potest legatarius agere ante quam dies veniat, aut conditio existat: interim tenetur heres ex Edicto Praetoris, (cujus mentio in l. 1. D. Ut legatorum aut fideicommissorum servandorum causa) legatario cavere datis fidejussoribus de legato praestando, veniente die, aut existente conditione. eam igitur cautionem cum peteret legatarius; pactus est heres, ne exigatur. an valet pactum? movet dubium: quod creditur esse adversus jus publicum: volens, legatarium de liberalitate testatoris, veniente die aut existente conditione, esse securum: cum sit e publica, defuncti voluntatem habere exitum, ea certe ratione non potuit testator eam cautionem heredi in testamento remittere. caeterum D. Marcus, intellecto, talem cautionem magis ad privatam testatoris, quam ad publicam utilitatem pertinere, testatori; quod non licebat, permisit l. 2. C. Ut in possessionem legatorum. sicut igitur D. Marcus permisit, eam cautionem a testatore heredi in testamento remitti: ita patitur, Tryphoninus, eam heredi a legatario pacto convento remitti: volente ratione, licere aequale legatario ac testatori, a suo jure sua voluntate recedere: ubi non intercedit res publica. Sic in cautione legatorum servandorum gra-

tia. a qua nolim fieri argumentum ad remissionem cautionis fructuariae, qua de quaerimus: quia putavit Praetor, hanc spectare ad rem publicam. nec circa eam facta unquam est similis alicujus Principis interpretatio. imo vetuit Imperator Alexander l. 7. C. eod. tit. ab una ad alteram argumentando fieri collectionem: ut supra dixi: ideoque existimem, fructuariam cautionem neque testatoris voluntate, neque heredis pactio, fructuario remitti posse.

Aliud est: si heres, aut alius proprietatis dominus, fructuario tradens rem fructuariam, omittat cautionis exactionem, nam id facti est: ideoque, si eum poeniteat omissionis, nihilominus poterit rem fructuariam vindicare: & si ei objiciatur exceptio de re tradita usufructus nomine; poterit replicare. aequale licebit ei, si volet, stipulationem condicere l. 7. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.

Igitur jubet Praetor, (huc enim redeundum est) fructuarium satisfacere: & si non satisfaciat; negat, se ei daturum esse actionem, iustissime: si possit satisfacere fructuarius. sed quid, si non possit: non inveniens fidejussorem qui pro eo satisfaciat? prope haere. facit enim hinc securitas quam dominio proprietatis satisfactione contingere voluit Praetor. inde mover: quod hanc praestare nequit fructuarius; & iniquum videtur, eum a petitione liberalitatis ei factae arceri propterea, quod ei desit satisfaciendi facultas l. 6. D. Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit. Est tamen is Edicti rigor: ne fructuario vel hoc casu sit actio de usufructu, nam districte ait Praetor l. 13. D. de usufructu, Si non satisfaciat, actionem ei non dabo. apparet igitur, fructuario, etsi ideo non satisfaciat, quod non inveniatur fidejussorem qui pro eo promittat, denegandam esse ex Edicto actionem. At enim nulla impossibile est obligatio. quis negat? haec tantum inspectio est, an conditio sub qua Praetor fructuario pollicetur actionem de usufructu, impossibilis sit? sed non est, mea opinione. dicatur difficilis fructuario satisfactionis conditio: at non est impossibilis quae potest natura impleri, nec Jure impeditur. impossibilis appellatur cui natura aut Jus est impedimento, quo minus existat. difficilis contra quae neque Jure impeditur, & interim difficilem ac pene impossibilem habet existentiam. ita impossibile in re, difficile in persona esse, non minus subtiliter ingenio sequi, quam vere definit Venulejus l. 137. §. 4. D. de verborum obligationibus. verba Venuleji, etsi compluscula sint, apposui, quia digna sunt quae notentur. *Illud inspicendum est: an qui centum dari promisit, confestim teneatur; an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed hac recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas persona commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. & alioquin, si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Roma sit, dare spondeat. nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia & in Stichum illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* Elegans Venuleji exemplum. aequale sequens Pauli l. 4. §. 1. D. de statuliberis. *Non est statuliber, cui libertas in tam longum tem-*

pus collata est, ut eotempore is, qui manumissus est, vivere non possit: aut sitam difficilem, imo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde (Gronovius Pater, V. CL. De pecunia veteri cap. 5. pag. 81. legit, illi inde, probabiliter admodum) ea libertas contingere non possit; veluti, si heredi millies dedisset: aut cum moreretur, liberum esse jussisset, sic enim libertas inutiliter datur: Et ita Julianus scribit: quia nec animus danda libertatis est. Ecce, proponitur servo data libertas sub conditione, si heredi millies dedisset: videtur Paulo conditio, non impossibilis, sed difficilis. recte: quippe cum natura, & jure impleri possit. est igitur difficilis: sed non impossibilis, etsi sit pene impossibilis. inter quæ differentiam esse, etiam Ulpianus observat l. 55. D. Familiae eriscunda, & Jacobus Cujacius lib. 21. Observ. c. 39. proinde ut nil necesse sit, impossibilem impleri conditionem, tamen difficilem & pene impossibilem impleri, quid vetat? Hac ratione datur fructuario a Prætoris de usufructu actio, si proprietario satisfacet. quod si non facit, cum potest facere, etsi difficulter: ei denegatur a Prætoris actio. Volui hic recedere ab hac parte. sed moratur me Callistratus l. 6. D. Si cui plus, quam per Legem Falcidiam licuerit, quam supra pro contraria attuli parte. verba ejus hæc sunt ex lib. 4. De cognitionibus, Cum non facile satisfactionem offerre legatarius vel fideicommissarius possit; Et futurum sit, ut propter hoc a petitione liberalitatis ex testamento submoveatur: numquid onus satisfactionis eis remittendum erit? quod videtur adjuvari Rescripto Divi Commodi in hæc verba: Is cujus ea de re notio est, aditus si compererit, ideo cautionem a te exigere, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisfactionis tibi remitti curabit. Species. Aliquis petit legatum vel fideicommissum, sibi in testamento relictum. heres dicit, se dubitare; an locum habitura sit lex Falcidia, petit igitur, sibi a legatario satisfieri: ut, si apparuerit, eum legati nomine cepisse amplius, quam a Lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det. sic enim heredi a legatario caveri, jussit Prætor l. 1. D. eod. tit. quid legatarius? non facile potest, id est, non potest, eam offerre satisfactionem. negat igitur heres, esse ei dandam a Prætoris adversus se actionem. quæritur, quid Prætoris facere oporteat? futuro sic: ut legatarius, nisi onus satisfactionis ei remittatur, propter hoc submoveatur a petitione liberalitatis ex testamento. quod esse durum quis neget? interim (ut alibi loquitur Ulpianus l. 12. D. Qui Et quibus manumissi) ita scriptum fuit Edictum, nec potest legatario succurrere aut privatus Magistratus, aut Jurisconsultus; ne specie quidem æquitatis, tam certa Edicti voluntate. sed quod non licet Prætoris, aut Jurisconsulto, servienti legibus; licet Principi, legibus soluto l. 1. C. de legibus. id Callistratus indicat d. l. 6. ait is D. Commodum, cum is casus incidisset, rescripsisse in hæc verba. Is cujus de eare notio est, aditus si compererit, ideo cautionem a te exigere, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisfactionis remitti tibi curabit. Unde apparet, Prætoris, quod non potuit facere suo

jure, etsi suadente æquitate, potuisse facere ex permisso Principis. Sic illa in specie Callistratus. An idem dicemus in nostra? procul dubio: si in ea quoque intercedat Rescripti auctoritas. at non liquet. servandus igitur est Edicti rigor: etsi humanitas non veteret de temperamento cogitari. Neque ignoro, id aliquando egregie factum esse a Veteribus in l. 5. §. 2. D. de Carboniano Edicto. Sed in proposito nihil tale usquam occurrit. puto igitur, non esse privatæ interpretationis cui una in hac arte relicta est obsequii gloria, prætextu æquitatis recedere a stricta ratione certa & clara, quamdiu cessat benignitas Principis. hoc eo minore dicam periculo: cum appareat, Justinianum putasse, adhuc fuisse sibi necesse, in matre circa cautionem hac in parte aliqua specialiter constituere l. 6. §. 1. C. de secundis nuptiis.

Ait igitur Prætor, Si non satisfabit, actionem non dabo. quid, si proprietas alicui legata sit ex die; usufructus pure? si ad Prætoris verba spectamus: verius est, hunc quoque teneri satisfacere: alioquin ei denegari actionem: quia Prætoris verbis non excusatur a cavendi necessitate. sed non fuit ea mens Prætoris: cum enim velit, proprietario consulere præstita cautione; una erit inspectio; utrum heredi, an sibi cavere debeat fructuarius. & quantum ad heredem attinet, is habet quidem proprietatem, sed nihil interest ejus; abitura ab eo post diem proprietate. quantum vero ad fructuarium pertinet; certum est, proprietatem vel ad eum, vel ad heredem ejus, perventuram esse: at sibi promittere, aut a se stipulari, nemo potest. igitur etsi teneatur fructuaris etiam ea in specie satisfacere ex Prætoris verbis quibus non excipitur: tamen remittenda ei videtur cautio ex mente & sententia Prætoris l. 9. §. 2. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.

Simile quid observari in patre, qui habet usumfructum in peculio filii familias adventitio, jussit Imp. Justinianus l. ult. §. 4. ad fin. C. de bonis que liberis, his verbis. Hoc procul dubio observando, ut Et mancipia ipse usufructuarius alere debeat, Et omnia circa usumfructum facere, que nullo modo proprietatem possint deteriore facere: paternæ reverentiæ eum excusante, Et a ratiociniis, Et a cautionibus, Et ab aliis omnibus que ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur secundum Constitutionis tenorem, quam super hujusmodi casibus tulimus. Imp. Justinianus indigitat procul dubio suam Constitutionem quæ est l. 6. §. 2. C. eod. tit. in qua tamen ea cautio aliis fructuariis incumbens, patri non remittitur manifestis verbis: quamquam latitudine verborum quibus utitur Imperator, satis remissa intelligitur. Sic in patre.

At non is honos habetur matri transeunti ad secunda vota; præsertim in mobilibus l. 6. §. 1. C. de secundis nuptiis: sicut nec vetere Jure remittebatur ei cautio: relicto ei a marito domus usu, filiis heredibus institutis; etiam cum voluit pater, eos simul habitare cum uxore legataria: ut apparet ex l. 11.

D. Usufructuarius quemadmodum caveat.

CAPUT XX.

De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: & qua forma?

Hactenus dixi de usufructu rerum in quas cadere potest facultas utendi fruendi salva rerum substantia. quem usufructum Jure Civili constituit, ait Ulpianus *tit. 24. §. 24.* Deinceps videbo de usufructu rerum quæ in abusu continentur. Eum usufructum, cum esset Jure Civili incognitus, Senatusconsulto inductum esse, idem refert Ulpianus *d. tit. §. 27. & l. 1. D. de usufructu earum rerum.* quando autem id factum sit, non est facile dictum. unum liquet, non ascendere ad tempora Ciceronis: in *Topicis* nullum agnoscens usufructum rerum quarum abusus sit. sub Tiberio jam viguisse, coniecit Marcus Aurelius Galvanus, V. CL. *De usufructu c. 3. & indicio l. 5. §. 1. & l. 3. D. eod. tit.* certe altero in loco Senatusconsulti interpretes laudatur Masurius Sabinus: quem sub Tiberio floruisse, Pomponius auctor est *l. 2. §. 47. D. de origine juris.* in altero proponitur disputatio Nervæ & Cassii: quærentium, an post Senatusconsultum possit legari usufructus nominum. Cassium porro cum Quartinio sub Tiberio Consulem fuisse, & Nervam patrem quem indigitat *d. l. 3.* Tiberio familiarissimum fuisse, idem Pomponius memorat *d. l. 2. §. 47.* Satis de tempore.

Venio ad Senatusconsultum: cujus, si Galvano credimus, tantum unum fuit caput: in quo, quod permisit Senatus, legari usufructum omnium quæ in bonis sunt, nec distinxit, utrum in usu sint, an in abusu, possit etiam eorum quæ in abusu sunt, usufructus legari. nec hoc nego. etsi nec accedam Galvano: existimanti, remedium quo id fieri posset, a Prudentibus inventum esse. mea sententia, fuerunt duo Senatusconsulti capita. priore censuit Senatus: ut omnium rerum quas in cujusque bonis esse constaret, usufructus legari posset. id caput extat in *l. 1. D. de usu & usufructu legato.* eoque inductum videri, Ulpianus ait *l. 1. D. de usufructu earum rerum:* ut earum rerum, quæ usu tolluntur vel minuuntur, usufructus legari possit. altero capite iussit Senatus, legato usufructu earum rerum quæ in abusu continerentur, eas legatario dari ab herede ita, ut ejus fiant: & legatarium vicissim cavere heredi, se, si mortuus aut capite minutus fuerit, tantumdem restitutum esse. Hoc ut opiner, persuadeor testimonio Ulpiani *d. tit. 24. §. 27.* remedium quasi usufructus non Prudentum interpretationi ex Senatus sententia, sed claris Senatus verbis, imputantis: sic enim scribit. *Senatusconsulto cautum est, ut etiam si earum rerum quæ in abusu continentur, ut puta, vini, olei, tritici, usufructus legatus sit, legatario res tradantur cautionibus interpositis de restituendis eis, cum usufructus pertinere desierit.* Similiter in *l. 11. D. de usufructu earum rerum* ait, *Si lana alicui usufructus legatus sit, vel odorum, vel aromatum: nullus videtur usufructus in istis jure constitutus: sed ad Senatusconsultum erit descendendum quod de cautione eorum loquitur.* Igitur remedium quasi usufructus non Prudentum disputationi debetur; sed manifestis Senatusconsulti verbis: quæ, ut Ulpianus ait, de cautione loquuntur. Unde impleta ex Senatusconsulto cautio, apud Papinianum *l. 24. D. de usu & usufructu legato:* & apud Imperatorem *§. 2. Inst. de*

usufructu, Senatus non fecit quidem earum rerum usufructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usufructum constituit. Secundo igitur capite iussit Senatus, legato pecuniæ, verbi gratia, usufructu, eam ab herede sic dari legatario, ut ejus fiat: & eum heredi vicissim cavere de restituenda tanta pecunia, finito usufructu. quo facto, licet adhuc utendo perit pecunia: (non enim potest Senatus pecuniæ naturam mutare) interim tamen heredi cautum est de tanta pecunia restituenda; neque ejus interest, utrum eandem an similem recipiat, est igitur ei quasi salva substantia quæ revera perit: & cum non sit verus usufructus Jure Civili, Senatus remedio cautionis quasi usufructum constituit *d. §. 2. Inst. & l. 2. §. 1. D. de usufructu earum rerum.* Sic: si legatus sit pecuniæ usufructus: sed Ulpianus *l. 10. §. 1. D. eod. tit.* credidit, etiam, si legatus sit pecuniæ usus, interponendam esse istam stipulationem: præfatus, appellatione usus in hac specie etiam fructum contineri. præterea addit, quosdam velle, hanc stipulationem non interponi ante, quam data fuerit pecunia, ipse autem putat, sive antea, sive postea data sit, tenere stipulationem. Est igitur a Senatu remedio cautionis introductus pecuniæ usufructus, qui ante non poterat esse Jure Civili: ideoque merito mirere, fuisse quæsitum a Veteribus: an ea cautio fructuario possit a testatore remitti: nam si legat pecuniæ usufructum, & vetat exigere cautionem: sibi contradicere videtur. non enim ob id legat proprietatem, quod remittit fructuariam cautionem: ut autem posset usufructum legare, a Senatu factum fuit remedio cautionis. porro remissa cautione, vetat servari formam huic usufructui a Senatu datam. Quemadmodum tamen legatum cui adjecta sit impossibilis conditio, valet ea detracta: ita si legetur usufructus pecuniæ, & adjiciatur, Ne eo nomine satisfidetur: placet Juliano *l. 6. D. Ut in possessionem legatorum*, usufructum valere: sed cautionis remissionem vitari; simul legatario permitti, ex Senatusconsulto satisfacere, & usufructum petere. ac secundum hoc etiam Severus & Antoninus rescripserunt *l. 1. C. de usufructu.* ceterum ut hoc probo: sic non improbem, quod Papinianus, *l. 8. D. de usufructu earum rerum*, cum testator, tribus heredibus institutis, Titio legasset usufructum quindecim millium, & iussisset, duos ex heredibus pro legatario satisfacere: ait, utile esse cautionis quoque legatum: id est, non tantum usufructus legatum, sed cautionis quoque: nec refragari Senatusconsultum: quia cautio non impediretur, & esse alterum legatum veluti certi, alterum incerti.

Est igitur a Senatu factum remedio cautionis: non ut verus esset pecuniæ usufructus: sed ut quasi quidam usufructus haberetur. est enim magna & multiplex inter utrumque differentia. prima est, quod verus usufructus consistit in corporibus quorum post usum manet salva substantia: quasi usufructus respicit ad quantitates in quibus salva post usum non est substantia. altera differentia est, quod in vero usufructu numquam transfertur dominium; eo quod res corporalis usum sui præbens

salva

salva substantia, potest usum sui præstare, non translato dominio: in quasi usufructu dominium semper transfertur; eo quod quantitas non præbet usum sui, nisi consumatur; nec consumi potest, præterquam a domino. est & tertia differentia, atque ipsa ex superiore profluens, ea differentia est, quod in vero usufructu fructuario competit jus re fructuaria utendi fruendi boni viri arbitrato; in quasi usufructu habet fructuarius jus ea suo arbitrio ab utendi, alterum alieno corpori, alterum propria quantitati convenit. quarta differentia est, quod fructuarius, finito vero usufructu, non tenetur tantumdem, sed quod ex re superest restituere. contra in quasi usufructu tenetur fructuarius non id quod ex re superest restituere, sed tantumdem. alterum enim consequens est rei, præbenti usum salva substantia, & functionem recipienti non in genere, sed in specie: alterum est consequens rei quæ usu consumitur, & functionem habet magis in genere, quam in specie. quinta differentia est, quod in vero usufructu cavet fructuarius, se usum fructurum

arbitrato boni viri, & finito usufructu restitutum quod ex re fructuaria extabit; in quasi usufructu non hoc cavet fructuarius, neque enim potest; sed finito usufructu, id est, morte aut capitis deminutione, (solis enim his casibus amittitur l. 9. §. 1. D. de usufructu earum rerum, l. 7. §. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat) se tantumdem restitutum esse. Est igitur ingens differentia usufructus Jure Civili & Senatusconsulto constituti. Nectamen est, cur aliquis miretur, dici usufructum qui non per omnia ad usumfructum accedit, nam & actio quasi Serviana simpliciter Serviana appellatur l. 18. D. de pignoribus: & commode Seneca, De beneficiis, lib. 5. c. 13. Quadam, inquit, etiam si vera non sint, propter similitudinem eodem vocabulo comprehensa sunt. sic pyxidem & argenteam & auream dicimus, sic illiteratum non ex toto rudem, sed ad literas altiores non perductum. sic qui male vestium & pannosum vidit, nudum se vidisse dicit.

CAPUT XXI.

Quo sensu dicatur usufructus Senatusconsulto constitui in rebus quæ usu tolluntur aut minuuntur? Vasorum usufructus pro usufructu rerum mobilium. Vestimentorum usufructus si legetur, legatum intelligi usumfructum verum; non quasi.

Cognita Senatusconsulti forma, pauca addam de rebus in quibus constituatur quasi usufructus: cum possit ambigi, quid in l. 1. D. de usufructu earum rerum velit Ulpianus: qui ubi dixit, Senatum censuisse, Ut omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit: mox subjicit, Quo Senatusconsulto inductum videri, ut earum rerum quæ usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari. Quo enim pertinet id, quæ usu tolluntur vel minuuntur? an quis nescit, quod verissime observat Cicero, Pro Marcello, Nihil esse opere aut manu factum, quod aliquando non conficiat, & consumat vetustas. Age vero apud Ovidium, De Ponto, lib. 4. Eleg. 10.

Gutta cavat lapidem, consumitur annulus usu,

Et teritur pressa vomer aduncus humo.

Et lib. 1. Eleg. 3.

Firma sit illa licet, solvetur in aquore navis,

Qua numquam liquidis sicca carebit aquis.

Eodem modo Cato, apud Gellium lib. xi. Noct. Attic. c. 2. Vita, inquit, humana prope uti ferrum est: si exerceas conteritur: si non exerceas, tamen rubigo interficit. item homines exercendo videmus conteri. si nihil exerceas, inertia atque torpedo plus detrimenti facit, quam exercitio. Igitur naves, annuli, vomeres, homines, usu teruntur, minuuntur, consumuntur, tolluntur, & possit eorum æque ac quantitatum videri quasi usufructus. Sed hoc neque Senatui, neque Ulpiano, negotium fuit. atque ut negari nequeat, ea corpora æque usu minui & tolli ac quantitates: tamen refert; quod quantitates statim, ac sub usum cadunt, eo minui & tolli videmus: at corpora ita recipiunt usum; ut quoquo tempore quid decedat, non sentiat. optime Lucretius lib. 1. De rerum natura.

Multis solis redeuntibus annis

Annulus in digito subtertenuatur habendo:

Stillicidii casus lapidem cavat: uncus aratri

Ferrens occulte decrescit vomer in arvis:

Strataque jam volgi pedibus detrita viarum

Saxea conspiciamus: tum portas propter athena

Signa manus dextras ostendunt attenuari

Sæpe salutantum tactu, præterque meantum.

Hæc igitur minui, cum sum detrita videmus:

Sed quæ corpora decedant in tempore quoquo

Invida præclusit speciem natura videndi.

ex Lucretio apparet, corporum, etiam cum usu teruntur, salvam manere substantiam; eoque cum semel sub usum cecidere, adhuc recipere usum. manifestum contra est, quantitates, quatenus sub usum cadunt, ita statim esse desinere: ut cum semel functæ sunt, iterum non recipiant usum. hoc in genere sunt vinum, oleum, frumenta, sunt odores, sunt unguenta quæ Plinius lib. 13. Nat. hist. c. 3. ait, illico exspirare & suis mori horis. idem vel simile est in pecunia numerata: quæ si erogetur, etsi accipienti salva sit, tamen solventi perinde perit, ac si esse statim desinat: ideoque palam minui dicitur in illo Horatii, lib. 1. Sermon. sat. 1.

Quod si comminuas, vilem redigetur ad assensum.

adhæc si quæ utendo sic mutetur, ut statim in aliud transeant nomen; (ut fit in lana, vestimento facto) quod dubium est, quin ea quoque usu minui & tolli dicantur? solas igitur quantitates quæ non occulte, nec tempore, sed palam & statim, usu delentur aut mutantur, eoque usum quatenus semel habuere, denuo non accipiunt, Ulpianus d. l. 1. usu tolli aut minui significat; earumque legato usufructu, non constitui usumfructum Jure Civili: sed esse descendendum ad Senatusconsultum quod de earum cautione loquitur d. l. 11. D. de usufructu earum rerum. in corporibus non est ita, ne mobilibus quidem, licet terantur, id est, tempore minuantur. Hoc Ulpianus observat d. l. 12. D. Usufructuarius quemadmodum caveat, verbis sequentibus. Si vasorum (ipforum) usufructus relictus sit, non erit cautio Senatusconsulti necessaria: sed illa sola, boni viri arbitrato usum fructurum. Si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat, non fieri ejus, qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui

qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. Ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt, cautione non data. videndum est de conditione, an possit locum habere? & proditum est, neminem rem suam, nisi furi condicere posse. Sic Ulpianus non minus clare quam ad rem apposite. Tantum addam, quid vasorum appellatione comprehendat. puto autem, vasa ab eo sumi, ut sumuntur in illo Livii lib. 1. c. 24. Rex facisne me tuum regium nuncium populi Romani Quiritium? vasa comitesque meos? In quo loco notat Turnebus, Vasorum nomine contineri suppellectilem. nam vasa significare omne instrumentum, etiam venatorium; & adducit sequentia Gracii verba. Nec sibi turbam contraxit comitem, nec vasa tenentia late. Turnebo addam ego hoc Constantini l. 22. C. de administratione tutorum. Quod in veste, margaritis, gemmis, & vasculis, ceteraque suppellectile necessarium est. Jam Seneca lib. 1. Nomina facituri diligenter in patrimonium & vasa debitoris inquirimus. Ubi optime Lipsius vasa interpretatur instrumentum, suppellectilem, & quidquid non est soli. Eodem modo accipit Petrus Pithæus, Notis ad Tit. 1. Collationis legum Mosaicarum & Romanarum, pag 111 & seqq. hæc Moysis verba. Si autem per inimicitiam impulerit eum, vel immiserit super eum aliquod vas ex insidiis. Possent hæc sufficere. addam tamen hoc ex l. 8. D. de instrum. vel instrum. legat. quia Ulpiani est. Vasaque utilia culturae. quae sunt aratra, ligones, sarculi, falces putatoria, bidentes & si qua similia dici possunt.

Quod de valis dixi, simili ratione dicam de vestibus, legato ipsarum usufructu. At enim Tribonianus §. 2. Inst. de usufructu vestes inserit numero rerum in quibus quasi usufructus ex Senatusconsulto constituitur: hac ratione, quod usu consumuntur. Sed vereor: ne erret Tribonianus: forte deceptus verbo minuuntur quo in d. l. 1. D. de usufructu earum rerum usus est Ulpianus. nam is eo verbo non est complexus rerum attritionem paulatim incidentem, & interim substantiam post usum linquentem. contra indigitavit minutionem quae res statim, ac sub usum cadunt, delentur. talis minutio apparet in usu quantitatum de quibus dixi. at in vestimentorum usu nulla est. rem confirmat Plinius lib. 13. Nat. histor. c. 3. his verbis. Margarita gemmaeque ad heredem transeunt: vestes prorogant tempus: unguenta illico expirant, ac suis moriuntur horis. Non igitur est quasi usufructus vestium, ne quotidianarum quidem, etsi tempore terantur. non enim expirant statim. vestes omnes prorogant tempus, ut jumenta, mancipia, naves, vasa: quae ut utendo sensim terantur, interim supersunt, & saepius eundem recipiunt usum; atque ut nova, ita attrita, vestimenta & mancipia appellantur l. 37. D. de Edictio Edicto, l. 6. D. de rei vindicatione. Siccine? ne dubita. qui enim habet alicujus usumfructum corporis, quem usumfructum appellamus verum, ejus quod officium est? nisi re fructuaria uti frui boni viri arbitratu: & si finitus erit usufructus, restituere quod inde exstabit. at nec aliud cavere eum oportet, quam usum fructum se boni viri arbitratu: & cum desinet usufructus ad eum pertinere, restitutum se quod inde exstabit l. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat. Hæc est natura veri usufructus Jure Civili constituti. cui quin conveniat vestimentorum usufructus, vix dubitare licet. potest enim & debet illis uti frui boni viri arbitratu fructuarius: potest etiam finito usufructu, domino quod ex his exstabit, restituere. accedit: quod, lega-

to vestium usufructu, a fructuario exigitur cautio veri usufructus: non ea quæ Senatusconsulti est. igitur nec domino tenetur fructuarius actione ex stipulatu. si finito usufructu, ei reddat vestem attritam boni viri arbitratu. id liquet hac in formula, Reddi quod inde exstabit. idem statuit Ulpianus in illa, Vestem reddi l. 9. §. 3. D. eod. tit. puto, quia est animus vestem utendam fruendam dantis, ut fructuarius eam terat boni viri arbitratu, inani illi futuro jure utendi fruendi re attritioni obnoxia; nisi accipiat facultatem eam terendi boni viri arbitratu. videtur igitur heres stipulatus, vestem reddi finito usufructu, stipulari quod ex veste exstabit. ac si hoc est: apparet, vestimentorum & cæterorum corporum Ulpiano parem esse usumfructum: pari utrimque cautione, pari utendi fruendi forma, & a quantitatis usufructu diversa. Ipse hanc expresse rat Ulpianus l. 15. §. 4. D. de usufructu. sed alii ad hunc modum deformarunt. Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita uti cum debere, ne abutatur. nec tamen locaturum, quia ita vir bonus non uteretur. Proinde & si scanica vestis usufructus legetur, vel aulæ, vel alterius apparatus: alibi quam in scanica non utetur. Sed an & locare possit videndum est? Et puto locaturum, & licet testator commodare, non locare solius fuerit, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scanicam, quam funebrem vestem. Ita editur Florentiæ. Emendo nulla mutatione: ad Sigla respicientibus. Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructu legato, dicendum est. & reliqua. Scripserat Ulpianus, non sicut quantitatis us. lg. dicendum est. His Siglis uterque indicabatur sermo, usufructu legato, & usufructus legetur. auctores Valerius Probus, & Magno; scribentes, Nota hac VF. usumfructum, ista LG, legatum aut legavit, denotari. ita cum ambigua esset siglorum ratio: miramur, Librarium errasse & alterum pro altero subjecisse? Longius a Florentina scriptura Haloandri editio: sed prope a meo sensu. Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non quemadmodum si quantitatis usufructus legetur. & sequentia. Ut tamen propius accederem ad Florentinam scripturam; malui, non sicut quantitatis usufructu legato, a qua lectione etiam stant Græci, lib. 16. Basilic. tit. 1. sic verentes, Fabroto interprete. Qui vestis usumfructum habet, non sic ea abutitur, ut nummis quorum usufructus legatus est, nec ipsam locat. Possis forte & ita restituere, non sicut quantitatis usufructus legetur, & cætera: ut perinde sit, ac si scriptum esset, non sicut si quantitatis usufructus legetur. Ac nescio, an simile quid occurrat in l. 11. D. Quemadmodum servitutes amittuntur. in qua Florentiæ editur. Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; & alia sit ejus conditio qui amplius oneris, quam licuit, vexerit, magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit. Sic Florentiæ editur. sed conjicio. Sicuti latiore itinere usus esset. &c. & expono, sicuti si latiore usus esset. quod res postulat, & in aliis libris exhibetur. Sed de scriptura satis restat, ut sensum investigemus. is sensus est. Si vestimentorum usufructus legatus sit: esse aliud dicendum, quam si quantitatis usufructus legetur. nam quantitatem quidem fructuario

ctuario dari ita, ut ejus fiat; & ea pro arbitrio suo abutatur. at vestes fructuario non sic dari, ut ejus fiant; neque ut his arbitrio suo abutatur: sed ut his utatur sic, ut vir bonus iis uteretur. an ergo locabit vestes fructuarius? possit alicui videri; eo quod fructuario comperit rei fructuariæ locatio. sed non placet Ulpiano, locaturum vestes. quia vir bonus aliis non locaret vestes. debet autem fructuarius vestibus non sic, ut ipsi videtur, uti frui pro suo commodo: sed ut vir bonus his usus fructus esset. proinde si sit scænicæ vestis usus fructus: oportet fructuarium veste ad scenam comparata, ad scenam uti. quod si ad alium usum adhibet, magis abuti ea, quam uti, videtur. Si tamen ad scenam adhibet: adhuc quæritur; utrum tantum per se uti frui debeat; an etiam per alium cui eam aut commodet, aut locet? sed putat Ulpianus, etiam alii locaturum talem vestem; neque referre; utrum eam commodare soleat testator, an locare: neutro a ratione boni viri abhorrente. De commodato testis Seneca, *Consolatione ad Marciam*. *Alieni, inquit, commodatique apparatus sunt. nihil horum dono datur: collaticiis & ad dominos redituris instrumentis scana adornatur. alia ex his primo die, alia secundo referuntur: pauca usque ad finem perseverabunt.* Dedi Ulpiani sensum: simul ostendi, esse verum qualiumcumque vestium usus fructus: nullo discrimine, utrum sint quotidianæ, an scænicæ; in eoque esse aliud dicendum, quam si legatus sit usus fructus quantitatis.

Sunt hæc certa, mea opinione. At temeratur reverentia Imp. Justiniani §. 2. *Inst. de usufructu*: palam attestantis, vestimenta ipso usu consumi; ideoque eorum quasi usus fructus esse. atque ego non dubito; quin potuerit Imp. Justinianus in vestimentorum usufructu, aliquod quærentibus temperamentum, pro faciliore expeditione, legislatoria uti potestate. sicut in l. 6. §. 1. *C. de secundis nuptiis* ea usi sunt Imp. Leo & Anthemius circa usus fructum rerum mobilium mulieris ad secunda vota transeuntis, in liberalitate prioris mariti. At in d. §. 2. non hoc agit Justinianus. contra disputat, an vestimenta utendo consumantur, itemque quis sit Veteris Jurisprudentiæ usus circa eorum usus fructum. utraque res facti est: non magis a Principis, quam a cujusque privati hominis fide atque

auctoritate pendens. igitur dabis mihi veniam: existimanti, lapsum errore esse Imperatorem in re facti. apage, utinam solus hic argui posset ejus error. sed ego hominem esse, aliquoties deprehendi: possemque plura adferre exempla: nisi unum sufficeret ex Nov. 7. c. 5. ubi sic scribit is Imperator. *Antoninus Pius cognominatus (ex quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit) jus Romane civitatis prius ab unoquoque subditorum petitus, & taliter ex iis qui vocantur peregrini, ad Romanam ingenuitatem deducens, hoc ille omnibus in commune subiectis donavit.* Sic quidem Justinianus. sed errat in re facti: nec ad rem pertinet tanti majestas nominis: palam refellentibus eum Dionis Coccejani Excerptis ex *Collectaneis Constantini Augusti Porphyrogenetæ*, editis ab Henrico Valesio, Parisiis A. MDCXXXIV. pag. 744. quæ hoc acceptum ferunt Antonino Caracallæ, nec tamen ejus benignitati, ut indicare videtur Justinianus, sed ejus avaritiæ & studio onerandi peregrinos vectigalibus a quibus immunes erant. primus id animadvertit Valesius in Notis ad eum locum: mox annotavit Claudius Salmasius, *De modo usurarum*, c. 19. pag. 854. & seqq. etiam Rupertus ad *Enchiridion Pomponii, De origine juris*, c. 1. pag. 17. & 18. & novissime Ezechiel Spanhemius erudito tractatu cui nomen est *Orbis Romanus*, plenissime tradidit. verba Dionis si quis desideret, apposui ex versione Valesii: sunt autem hæc. *Postremo præter vectigalium alia quæ ab ipso primum reperta sunt, tum vectigal decima, quam pro vicesima constituit, tam eorum qui manumittentur, quam hereditatum ac legatorum: cum succedendi jus & immunitates omnes quæ proximis defunctorum ac genere conjunctissimis concessæ legibus erant, sustulisset. cujus rei causa etiam omnibus qui in orbe Romano erant, civitatem dedit: specie quidem ipsa eis honorem tribuens. sed revera, ut fiscum suum augeret: quippe cum peregrini pleraque horum vectigalium non penderent.*

Dixi de pulchra & nobili quæstione quod mihi videtur. Nec tamen dissimulabo, aliis, ut servent Tribonianum, placere, interesse; utrum legatus sit usus fructus vestimenti ut corporis, an ut quantitatis; & illo casu verum, hoc quasi usus fructus legatum intelligi; idque juvari ab Ulpiano d. l. 15. §. 4. Sed hanc sententiam dudum refutavi lib. 2. *Probabilium c. 4. ad finem.*

CAPUT XXII.

De usufructu jurium, id est, servitutum & nominum.

Ex hætenus dictis liquet, omnium quæ in bonis sunt, usus fructus legari posse ex Senatusconsulto. An & jurium: ut servitutum, itineris, actus, viæ, aquæ ductus? Ea quæstio est l. 1. *D. de usu & usufructu legato*: cujus apponam verba, ut explicem. verba sunt. *Nec usus, nec usufructus itineris, actus, viæ, aquæ ductus legari potest; quia servitus servitus esse non potest. Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium quæ in bonis sint, usufructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona fit. sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet, & ut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Quæstio est; possitne legari usus vel usufructus itineris, actus, viæ, aquæve ductus? In ea quæstione Paulus, quod ostendit Inscriptio præ-

ferens ejus librum tertium ad Sabinum, primum proponit & fulcit Sabini sententiam: deinde eam in Notis refellit. Ea sententia est, Servitutis usum aut fructum inutiliter legari. Quæso, quamobrem? quia servitus servitutis esse non potest, prohibente regula. nam usus fructus: ut ceteræ servitutes, est jus in corpore l. 2. *D. de usufructu*: at servitus non est corpus, sed corporis qualitas l. 86. *D. de verborum significatione*; tantumque jure intelligitur: cum naturaliter non sit. Hæc causa. huic subjicitur Sabini objectio solutioque. Sensus objectionis est, Senatus voluit, legari usufructum omnium quæ in bonis sunt. igitur etiam itineris, actus, viæ, aquæ ductus: est enim iter, actus, viæ & aquæ ductus in bonis. Illa objectio. Solutio talis est, Senatus cavet de omnibus quæ in bonis sunt: at id neque in bonis est, neque extra bona. Ut hoc intelligatur; primum mone-

monebo, fuisse ex Veteribus qui res incorporales accenserent magis his quæ non sunt, quam quæ sunt. hoc ex numero Cicero in *Topicis* sic scribit. *Definitionum duo sunt genera prima. unum earum rerum quæ sunt, alterum earum rerum quæ intelliguntur. Esse ea dico, quæ cerni tangi possunt, ut fundum, ades, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, suppellectilem, penus, & cetera. Non esse rursus ea dico, quæ tangi demonstrative non possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus; est tamen quedam conformatio insignita, & impressa intelligentia, quam notionem voco.* Ex his verbis apparet, Ciceronem res incorporales annumerasse his quæ non sunt. itaque, ut eo redeam; putem, illud Sabini, Servitutem neque in bonis, neque extra bona esse, perinde accipi oportere, ac si sic diceret, Servitus est ex his quæ non sunt, & ideo non pertinet ad *Senatusconsultum*, ut quasi in bonis sit, usufructum recipiat. Hoc Livio, licet, credas: qui agens *lib. 30. c. 37. de legibus a Scipione datis paci Carthaginienſi*, fuisse, inquit, in his conventum sensu simili, Bellum neve in *Africa*, neve extra *Africam* in iussu populi Romani gererent: pro nusquam. Contra ait Seneca, *lib. 1. Quaest. natural.* Deum opus suum & extra & intus tenere; significans, Deum (ut utat verbis Minucii Felicis in *Octavio*) ubique operi suo & proximum & infusum esse. Verba Senecæ. *Quid est Deus? Quod vides totum, & quod non vides totum. Sic demum magnitudo sua illi redditur, quia nihil majus excogitari potest, si solus est omnia, opus suum & extra & intus tenet.* Unde apparet, quis sit sensus ejus solutionis, *Servitus neque in bonis, neque extra bona est.* Possis eam & sic interpretari: Servitus non est in bonis; quia jus est, substantiam vero naturaliter non habet, neque accidentia; nec extra bona, quia animo concipitur, atque ab eo, licet substantiam non habet, tamen imaginem sumit. ita ambiguae qualitatē est; verendumque, ut bonis accenseri debeat, & adversus regulam Juris ex *Senatusconsulto* usum fructumve recipere. Hoc ut censeam, impellit me similis locutio apud Tacitum *lib. 1. Histor. c. 40.* ubi enarrans finem Galbæ, ait, sub eum finem neque tumultum fuisse, neque quietem; id est, inter utrumque medium quid & dubium. Similiter Ulpianus *l. 7. §. 1. D. de administratione tutorum.* Debit tutor partibus suis fungi, non quidem precipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione. Item Livius, sed plenius *lib. 8. c. 13.* *Fam Latio is status erat, ut neque bellum, neque pacem pati possent; ad bellum opes deerant, pacem ob agri adempti dolorem aspernabantur, mediis consiliis standum videbatur.* Apulejus quoque *lib. 1. De philosophia.* Verba Apuleji. *Materiam Plato neque corpoream, sed neque sane incorpoream esse concedit. ideo autem non putat corpus, quod omne corpus specie qualicunque non careat: sine corpore vero esse non potest dicere, quia nihil incorporale corpus exhibeat, sed vi & ratione eam sibi videri corpoream: atque ideo nec actu solo, neque tamen sola opinione cogitationis intelligi: namque corpora propter insignem evidentiam sui simili judicio cognosci: sed quæ substantiam non habent corpoream, cogitationibus ea videri; unde adulterata opinione ambiguae materie hujus intelligi qualitatem.* Hæc de Sabino. At Paulus? in aliam discedit partem, in *Notis ad Sabinum* sic scribens. *Sed incerti actio erit cum herede, ut: & reliqua.* Paulus significat, etsi tale legatum non valeat ex Sabini sen-

tentia; esse tamen legatario dandam ex testamento actionem incerti; ut heres, quamdiu vixerit legatarius, ei præstet eundi, agendi, ducendi facultatem: & ea servitus constituatur sub hac cautione; ut, si decesserit, vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur. Ita Paulus. qua causa, non addit: sed, puto, duplex fuit, una, quod animadverteret, eam regulam (ut alibi ostendi) non usquequaque observari moribus populi Romani: altera causa fuit, quod servitus, quæ Jure civili sustinetur, utique videtur esse, & rerum natura comprehendi; licet alioquin careat substantia. Sed hæc intelligitur ex Seneca: cujus de similibus rebus verba hæc sunt *Epist. ad Lucilium § 8.* *In rerum natura quedam sunt, quedam non sunt. Et hæc autem quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam centauri, gigantes, & quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cepit, quamvis non habeat substantiam.*

Similis quaestio est de nominibus, legato eorum usufructu *l. 3. & 4. D. de usufructu earum rerum.* Verba *l. 3.* *Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. An & nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius & Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit, & remittendas ei usuras. verba *l. 4.* *Ergo cautio etiam ab hoc exigenda erit.* Quaestio est, an post *Senatusconsultum* legari possit usufructus nominum? ait Ulpianus, Nervam negasse. puto, quia nominis appellatione continetur actio *l. 44. §. 6. D. de legatis lib. 1. l. 59. D. de legatis lib. 3.* actio porro juribus, id est, rebus incorporalibus, annumeratur. non enim videri neque tangi potest; denique, nihil est; nisi fictio animi. Seneca *lib. 7. De benefic. c. 10.* *Video ista diplomata, & syngraphas, & cautiones, vacua habendi simulachra, umbras quasdam avaritia laborantis, per quas decipiant animum, inanum opinione gaudentem.* Quid enim ista sunt? quid fœnus, & kalendarium, & usura, nisi humane cupiditatis extra naturam quaesita nomina: Et post, *Quid sunt istæ tabulae, quid computationes & vœnale tempus & sanguinolenta centesima? voluntaria mala ex constitutione nostra pendentia, in quibus nihil est, quod subijci oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritia somnia.* Si igitur proprie non existunt nomina: non possunt in bonis, aut extra bona videri. Ita Nervæ sedebat: utique, si usufructus nominis legetur alii, quam debitori. cæterum, si debitori legetur, contra existimabat: quasi ei jam non tam legari videatur usufructus actionis: quam ei remitti usura ejus quod debet. prorsus, ut si ab herede conveniatur, le tueri possit exceptione, Extra quam si ea pecunia utatur secundum voluntatem testatoris; non refragante *Senatusconsulto*. Sic Nerva. Sed verior visa est sententia Proculi & Cassii, existimantium, nominum usufructum legari posse non tantum debitori, sed & cuicumque alii: quia placuit, omnium quæ in bonis sunt, usufructum legari posse; bonorum autem appellatione non tantum corpora, sed & actiones & nomina continentur *l. 49. D. de verborum significatione*: quia quamquam re vera non sint, tamen quatenus cogitatione & jure finguntur, esse intelliguntur. valet igitur legatum usufructus nominum: sed adhibito remedio cautionis *d. l. 3. & 4.* scilicet de pretio nominis finito usufructu restituendo.*

* *

CAPUT XXIII.

De usufructu omnium bonorum vel partis bonorum.

Sed non tantum singularum rerum, verum etiam plurium, id est, partis bonorum, usufructus legari potest; ut Ulpianus refert in *Fragm. tit. 24. §. 26.* & si non specialiter facta sit partis mentio; ait, dimidiam partem bonorum contineri *l. 23. D. de usufructu.* amplius potest etiam omnium bonorum legari usufructus. *l. 29. D. eod. tit.* nam Lex Duodecim Tabularum iussit sine fine & modo, uti paterfamilias de pecunia sua legasset, ita jus esse *l. 120. D. de verborum significatione.* neque hoc mutavit Lex Falcidia, quamquam voluit, observari; ne heredes minus habeant, quam quartam partem hereditatis *l. 1. D. Ad legem Falcidiam.* eum enim modum si excedat testator, legans ultra dodrantem; Falcidia legatum non fecit inutile: sed permisit heredi, de legato quartam detrahere *l. 73. §. 5. D. eod. tit.* Eo igitur sensu Ulpianus *d. l. 29.* ait, *Omnium bonorum* usufructum posse legari; nisi excedat dodrantis æstimationem.

Illud quæri potest, quid eo legato contineatur. & si quidem ad Jus Civile respicimus: verius est, quod de suis temporibus attestatur Cicero, *Topicis*, omnium dumtaxat rerum quarum, salva substantia, utendi fruendi potest esse facultas, legatum esse usufructum. at post Senatusconsultum quo placuit, omnium quæ in bonis sunt, usufructum legari posse, uti suo loco vidimus, deinde nulla res est quæ non cadat in usufructus legatum *l. 69. D. Ad legem Falcidiam:* sive sint corpora, immobilia, mobilia, vel sese moventia; sive sint quantitates, quæ pondere, numero, mensura, æstimantur; sive in jure consistant, ut nomina hoc Scævola *l. 37. D. de usu & usufructu legato.* Uxori mea usufructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim. Quæsitum est, an prædiorum tam rusticorum, quam urbanorum, & mancipiorum, & suppellectilis, itemque kalendarii usufructus ad uxorem pertineat? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, omnium pertinere. Sic Scævola: per usufructum kalendarii intelligens usuras nominum: id est, usuras sortium quas aliis collocavit defunctus. est enim kalendarium liber in quo descriptæ usuræ, singulis kalendis exigendæ solvendæque, pro more Veterum quo de egi *lib. 2. De fœnore & usuris cap. 1.* Putemus igitur, legato omnium bonorum usufructu, non modo omnium corporum & quantitatum, sed amplius etiam rerum incorporalium, ut kalendarii, sive nominum, & actionum, usufructum comprehendere, & tamen hoc ita exaudiendum est: ut ea contineantur actiones quas adversus alios habebat defunctus *l. 24. D. eod. tit. l. 1. C. de usufructu.* nam hæc demum veniunt appellatione bonorum ejus *l. 49. D. de verborum significatione.* solæ quoque hæc habent utilitatem qua usufructus æstimatur, cæteræ quibus atis tenebatur defunctus, non sunt in ejus, sed in creditoris, bonis, ita non potest harum, nisi desipimus, legatus videri usufructus, legato a defuncto suorum bonorum usufructu. præterea tenetur heres de defuncti ære alieno: legatarius de eo non tenetur: ut ut maxime ei hereditas, aut bona, aut pars legetur: ut bene observavit V. CL. Antonius Muretus, *Observ. jur. sing. c. 13.* quamquam quia bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno: (ut optime Paulus *l. 39. D. eod. tit.* & ante eum

Quintilianus *Declam. 273.*) non est a ratione alienum, eum cui legatus sit omnium bonorum usufructus, non aliorum, quam quæ deducto ære alieno supersunt, usufructum habere *l. 69. D. Ad legem Falcidiam.* Ita: si testator legaverit usufructum bonorum.

Sed quid, si dixerit, se rerum usufructum legare? ut in *l. unic. C. Si secundo nupserit mulier cui maritus usufructum reliquerit.* eam quæstionem sic tractat Venulejus in *l. ult. D. de usu & usufructu legato.* Nihil interest utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usufructum legaverit. nam si bonorum usufructus legabitur, etiam æs alienum deducetur: & quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum usufructus legatus erit, non idem observabitur. Sic Venulejus: sed vitiose procul dubio. si enim stemus verbis: caret sensu, quocumque ea veritas modo. quamquam qua ratione emendari eum oporteat, difficile dictu est. Esse scio, qui pro *Nihil interest*, quomodo Florentiæ editur, scribendum putent, *Non nihil interest*, vel *multum interest.* Sed neutra emendatio sufficit tollendo malo. sive enim legas, *multum interesse*, sive *non nihil interesse*, sive *nihil interesse*: adhuc ambigi possit, in quo videatur Venulejus facere, aut non facere differentiam inter legatum usufructus bonorum & legatum usufructus rerum; alterum tamen est quod demonstrandum sibi proposuit. Accedit, quod in fine capituli, *At si*, inquit, *certarum rerum usufructus legatus erit, non idem observabitur*: nec apparet, cur ibi loquatur de usufructu certarum rerum; cum ante non meminerit usufructus certarum rerum; sed usufructus bonorum, & rerum. idque Accursius sensit; cum ait, a Jureconsulto in fine variari casum quem initio posuerat. Postremo quæri video; cur in principio capituli magis fiat mentio usufructus tertiæ, quam dimidiæ, aut alterius, partis rerum. igitur ut tollatur scrupulus, & simul principio respondeat finis, sunt qui sic scribant. *Multum interest, utrum bonorum quis, an rerum certarum usufructum legaverit.* Quæ si placet lectio; non intercedo. nam & plana omnia facit: & nihil habeo quod in ea improbem tamquam abhorrens a Civili Jure. Et si quis retinere malit Florentinam lectionem, *Nihil interest*, item sequentem, *Utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usufructum legaverit*; nec ei repugnem: quia nec in illa reperio quid absurdi. imo habuit hæc legati usufructus species elegantem usum & frequentem Jure vetere: quo aliquando potuerunt vir & uxor inter se solidum capere, sed plerumque tantum decimam, & præter hanc usufructum tertiæ partis bonorum: auctore Ulpiano in *Fragm. tit. 15. & 16.* & extat talis casus apud Scævolam *l. 48. D. de usuris*, & Javolenum *l. 10. D. de præscriptis verbis.* Quid igitur est? etsi pro, *rerum tertiæ partis usufructum*, non male scribi possit, *rerum certarum usufructum*, quod visum Doctis viris: tamen nulla est necessitas mutandi scripturam a qua neque ratio, neque Veterum usus abhorret, & quam constanter servant manu scripti codices.

Probabilius conjecerim, latere vitium in versu, *Et quod in actionibus erit*. in illo enim deesse verba, *si rerum*: quibus adjectis legendum.

dum. *Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiae partis ususfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam as alienum deducetur: & si rerum, quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.* Species talis est. Vir uxori legavit ususfructum tertiae partis bonorum; aut ususfructum tertiae partis rerum. Quæritur, num intersit, utrum dixerit, ususfructum tertiae partis bonorum, an ususfructum tertiae partis rerum? Quærendi causa est: quod si bonorum ususfructum legavit, possit videri, tam quod ipse debet, quam quod ei debetur, legato comprehendisse: quia bona in multis, ac præsertim cum universitate æstimantur, non tantum commoda, sed incommoda quoque significant: ut apparet ex l. 1. & l. 3. D. de bonorum possessionibus, item l. 2. & 3. D. de sententiam passis & restitutis. At non ita fuerit; si legare se rerum ususfructum testator dixerit, primum, quia æris alieni personalis actio non rem, id est, fundum, verbi gratia, sed heredem sequitur l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. deinde vereri quis possit, ne actiones quoque quæ defuncti fuerint adversus alios, eo legato non contineantur: quia in rebus non computantur actiones l. 92. pr. & §. 1. D. de legatis lib. 3. & d. l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum; licet in bonis maxime numerentur l. 49. D. de verborum significatione. Habes quærendi causam. sequitur Venuleji definitio. in qua ne quem turbet disputandi forma, observandus est mos Veterum: ea attingentium, de quibus posset ambigi; cætera quæ non procul certo essent, relinquentium tacito lectoris intellectui. Sed hoc in præsentiarum ostendet tenor loci. ait Venulejus. *Nihil interesse, utrum quis bonorum, an rerum tertiae partis ususfructum legaverit.* Et addit rationem. *Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam as alienum deducetur.* Significat Venulejus, si vir uxori, verbi gratia legat ususfructum tertiae partis bonorum, uxori quidem actionum quæ defuncto adversus alios competierint, ususfructum deberi: quia eæ actiones procul dubio in defuncti bonis fuerunt l. 49. D. de verborum significatione: sed quibus aliis tenebatur defunctus, eas negat Venulejus ad ususfructum pertinere: quippe cum verum sit, nil fuisse in defuncti bonis; nisi quod deducto ære alieno superest l. 39. §. 1. & l. 83. D. eod. tit. Quod si est; optima ratione huc decurrit Venulejus: ut in proposito demum ejus quod detracto alieno ære supererit, legatum esse ususfructum existimet. idque & Pomponio placet l. 69. D. Ad legem Falcidiam. Sic, si bona dixerit testator. Sed quid, si res dixerit? idem censet Venulejus verbis sequentibus. *Et si rerum, quod in actionibus erit, computabitur.* Sic lego; Sensus Venuleji est: Si res dixerit testator, etsi actiones quibus aliis tenebatur, non spectent ad rerum ususfructum, quia non magis in ejus rebus, quam in ejus bonis fuere; tamen actionum quam adversus alios habuit, ususfructus debetur: quia, cum res suas legat testator, æque ac si bona sua dicat, universitatem indicat l. 14. §. 5. 6. 7. 8. & l. 15. & 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. At enim, inquires, si legata bonorum aut rerum parte, legata videtur universitas; quid refert, utrum ab aliis fuerit defuncto debitum, an ipse aliis debuerit? cum utique universitas tam incommoda, quam commoda Civili Jure complectatur d. l. 1. & d. l. 3. D. de bonorum possessionibus, & d. l. 2. & 3. D. de sententiam passis & restitutis. Sed jam in antecessum monui, ubi universitas legatur, legatarium num-

quam de defuncti ære alieno tueri. Ita; si uxori legatus a viro sit ususfructus tertiae partis vel bonorum vel rerum. At quid, si legatus ei sit ususfructus non tertiae partis bonorum, neque tertiae partis rerum, sed certarum rerum? quæ est postrema species d. l. ult. D. de usu & usufructu legato. Ait Venulejus, *Non idem observabitur.* Et recte; quia uxor jam non modo non tenetur de defuncti ære alieno; sed ne actionum quidem quæ defuncti adversus alios fuere, ususfructum habet: quia certarum rerum appellatione non continentur actiones: ut apparet ex specie & definitione l. 92. pr. & §. 1. D. de legatis lib. 3. & l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. igitur verissimum est, quod Venulejus ait, *Nihil interesse, utrum bonorum quis, an rerum tertiae partis ususfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam as alienum deducetur:* id est, si bonorum ususfructus legabitur, æque deducetur as alienum, ac cum rerum legatur ususfructus: & si rerum; quod in actionibus erit, computabitur: id est, & si legatus sit rerum ususfructus; non minus quod in actionibus erit, computabitur; quam cum legatus est bonorum ususfructus. at si certarum rerum ususfructus legatus erit; non idem observabitur: id est, quod in actionibus erit, non computabitur.

Ut in viam redeam: apparet, quod legato omnium bonorum usufructu, perinde omnium rerum quæ in testatoris bonis sunt, legatus intelligitur usufructus legatus esset: quia sub genere singulas ejus species contineri, verum est. Et tamen est aliqua (quam Julianus observat l. 34. §. ult. D. de usufructu) differentia; utrum universorum bonorum, an singularum rerum quæ in bonis sint, usufructus legetur. nam qui specialiter legat ædium usufructum, legat eum qui ex ædibus in specie percipitur: & ideo, si extent ædes, potest legatarius ædium usufructum petere: sin incendio combustæ sint, tantum area superest: neque ædium usufructum petere potest, quia nullæ sunt quarum legatus usufructus est: neque area usufructum petere potest, quia non est legatus. longe aliter, ac si legatus sit omnium bonorum usufructus. tum enim, si incendio perierint ædes, quæ in bonis fuerint, etsi ædium usufructus peti nequeat; quia ædes esse desierunt: potest tamen area usufructus peti; quoniam qui bonorum suorum usufructum legat, non solum eorum quæ in specie sunt, sed & omnis substantiæ usufructum legat: in substantia autem bonorum est area.

Potest igitur legari omnium bonorum usufructus. nec est dubium: quin eo legato contineatur usufructus bonorum omnium præsentium. De futuris quæri potest: sed mihi videtur, eo legato usufructus bonorum præsentium, non futurorum, comprehendere: quando hæc verba, *meorum bonorum*, si nihil addatur, in sermonis tempus præsens, non futurum, indignant. videtur igitur testator ea formula legasse usufructum bonorum quæ ejus erant tunc, cum testaretur: non eorum quæ tum nondum erant ejus. ita Paulus l. 7. D. de auro argento mundo. Verba Pauli. *Si ita esset legatum, Vestem meam, argentum meum, damnas esto dare: id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. nam cum dicit, Vestem meam, argentum meum: hac demonstratione meum præsens, non futurum tempus ostendit. idem est, etsi quis ita legaverit, servos meos.* Sic Paulus: eodemque modo Scævola l. 41. §. 4. D. de legat. lib. 3. Non me confundit l. ult. C. Quares pignori obligari possunt. nam is locus loquitur de generali

rali pignore : quo solita sunt obligari bona omnia, cum praesentia, tum futura *l. 15. §. 1. D. de pignoribus, § l. ult. C. de remissione pignoris*. hoc vero quod est fieri solitum, pro facto haberi; facile leges sinunt *l. ult. C. de fidejussoribus, l. 31. §. 20. D. de Aduicio Edicto*. at nostra disputatio est de legato usufructu omnium bonorum : in quo ea cessat interpretatio : quia nemo facile legat omnia bona ; & si legat omnia praesentia, non utique legat futura. quod igitur non est solitum fieri, hoc nec factum esse credendum est.

Occurrit hic & alius tractatus qui est Florentini in his verbis *l. 42. §. 1. D. de usufructu. Rerum : an aestimationis usufructus tibi legetur, interest. nam si quidem rerum legetur, deducto eo, quod praeerea tibi legatum est, (ex) reliquis bonis usufructum feres : sin autem aestimationis (usufructus) legatus est, id quoque aestimabitur, quod praeerea tibi legatum est. Nam saepius idem legando, non ampliat testator legatum : re autem legata, etiam aestimationem ejus legando, ampliare legatum possumus*. Valde obscurus est hic Florentini locus. sed ut intelligatur, duo sunt fingendi casus. prior talis est : Testator cum alicui legasset usufructum omnium suarum rerum : deinde ei legavit proprietatem certi fundi. alter casus est : Te-

stator iussit, omnes res suas aestimari ; ejusque aestimationis usufructum dari Titio : simul legavit ei proprietatem fundi certi. ait Florentinus, interesse inter utramque legati formam. nam si legatus sit usufructus rerum, & proprietatem fundi certi : deducendum ex legato usufructus esse id cujus proprietatem nominatim legata est : quia re sua frui nemo potest. eo igitur casu habebit, ex Florentini sententia, fructuarius fundi proprietatem, ceterarum rerum usufructum. aliter ac cum, aestimatis omnibus bonis, testator legavit usufructum aestimationis : nam tum aestimabitur quoque fundus cujus legata est proprietatem ; nec minus ejus, quam reliquarum rerum, usufructus ad legatarium pertinebit. aliquis dicat, obstare huic explicationi : quod videtur legatarius sic idem bis accipere : primum fundi proprietatem ; deinde usufructum aestimationis ejus. sed non est hoc periculum, si Florentino credimus. non enim, inquit, bis idem accipit legatarius. magis auctum est legatum proprietatis per legatum aestimationis usufructum. id vero eo facilius fuit recipiendum : quia placuit, aestimationem rei posse legari ei cui legata res est *l. 21. §. 1. D. de legatis lib. 3. § l. 34. §. 1. 2. 3. D. de legatis lib. 1. Sic mihi videtur ;*

Explicit. Liber I. De Usufructu.



GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

USUFRUCTU

LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

De modis usumfructum constituendi Jure Civili: & primum de legato.

Superiore libro tradidi, quid sit ususfructus, & quid sit juris fructuarii in re fructuaria. sequente tradam modos quibus constituatur & finiaturs ususfructus. nec silebo remedia, ad tuendum eum pertinentia. initium faciam a modis quibus ususfructus constituitur. tales fuerunt jure Pandectarum duo: voluntas domini proprietatis, & Judicis sententia in judicio familiae erciscundae & communi dividundo. postea tertius accessit modus, lex. Primae partes erunt voluntatis domini: qui ut est suae rei arbiter; ita quid nisi velit, constituat suae rei usumfructum? constituit autem hunc sua voluntate duobus modis: id est, vel legato, vel pactionibus & stipulationibus l. 3. D. de usufructu. primum legato l. 6. D. eod. tit. quo ususfructus a proprietate separatur. idque pluribus modis contingere, ait Justinianus §. 1. Inst. eod. tit. unus est, si legatus fuerit ususfructus: sic enim fit, ut heres nudam habeat proprietatem, legatarius ususfructum. alter modus est, si testator fundum legaverit, deducto usufructu: quo casu habet legatarius nudam proprietatem, heres ususfructum. tertius modus est, si testator uni leget usufructum, alii fundum deducto usufructu. nam si alii leget fundum, alii usufructum ejusdem fundi: ait Modestinus, si eo fecit proposito, ut alter nudam haberet proprietatem; errore labi. oportere enim eum proprietatem deducto usufructu legare, hoc modo: Titio fundum detracto usufructu lego: Sed ejusdem fundi usufructum dato. quod nisi fecerit: usufructum inter eos communicari: quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit l. 19. D. de usu, & usufructu legato. Praeter superiores modos, occurrit adhuc alius modus, idem, ut mihi videtur, inventus subtilitate & diligentia Proculi, in his Pomponii verbis ex l. 19. D. de usufructu. Proculus putat, insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quae alteri insulae hereditariae debeatur, hoc modo: Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum (ei) eorum aedificiorum usufructum do lego. vel sic: aedium illarum, quoad altius, quam (uti) nunc sunt, aedificata non erunt, illi usufructum do lego. Corruptum esse hunc Pomponii locum, & egere emendatione

nis, credidit Antonius Faber, Rationalib. Sed mihi non persuadet Vir ille ingeniosissimus aut scripturae vitium, aut suam correctionem. quamquam obscurum esse Pomponii locum, non inficior. fiet clarius; intelligentibus Proculi propositum. quod est indicare, quemadmodum insula possit ita legari: ut ei imponatur servitus adquirenda alteri insulae hereditariae. non opus probari Proculi propositum. id perspicue intelligitur ipsius Pomponii verbis. igitur ut possit legatarius cogi ad tradendam heredi legatarum aedium servitutem: ait Pomponius, Proculum invenisse duas formulas. Prior ostendit, quod dixi, facile impetrari: si testator legatario insulae quam ei legat, & vult servire insulae hereditariae, usufructum leget sub conditione praestandae cautionis per quam servitus alteri insulae hereditariae constituatur. & recte: sic enim legatario proprietatem legatur pure; usufructus sub conditione, nec interim permittit testator, legatarium habere insulae potestatem, antequam heredi tradiderit servitutem. nam remedio cautionis induci quasi traditionem servitutis, sequente ostendam capite. donec igitur illa praestetur cautio; erit usufructus apud heredem a proprietate separatus. Altera formula suadet, usufructum insulae legatario a testatore legari ad certam conditionem. nempe ut, si legatarius non patitur, heredem uti servitute; ad heredem redeat usufructus, nuda proprietate apud legatarium remanente. Atque hoc convenit formae usufructus ex regulis Juris; ut apparet ex l. 4. D. de usufructu: etsi in proprietate legata non potuerit fieri ante l. ult. C. de legatis: quia ante eam non poterat legari temporalis proprietatem.

Potest igitur usufructus constitui legato: sive fiat per damnationem, ut, Damnas esto heres illi dare usufructum fundi; vel, Heredem meum dare jubeo: sive per vindicationem, ut hoc modo, Do lego usufructum fundi; vel, capito, sumito, tibi que habeto. meminit harum formularum Ulpianus, in Fragm. tit. 24. Est vero Jure vetere (novo enim sublata a Justiniano est ea subtilitas §. 2. Inst. de legatis, & l. 1. C. Communia de legatis) manifesta utriusque formulae differentia. nam si per vindicationem legetur usufructus, ipso jure constituitur; si per

per damnationem, ab herede præstabitur: ut Paulus ait, *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 17.* videtur porro per heredem præstari ususfructus: si legatarium in fundum induxerit; eumve uti frui patiatur *l. 3. D. de usufructu.* quod si non faciat; legatario quidem ad præstandum usumfructum tenetur actione ex testamento, quasi ex contractu nata obligatione *l. 2. D. Si ususfructus petetur:* at interim confessoria in rem actio ei non dabitur. aliter ac si ususfructus per vindicationem sit legatus. tum enim ipso jure constitutus, etiam potest a fructuario vindicari. itaque accipiendus Julianus *l. 10. D. de usu & usufructu legato,* & Ulpianus *l. 34. §. 14. D. de legatis lib. 1.*

Constituitur igitur ususfructus legato. an & fideicommissum? non puto: utique ipso Jure. quia fideicommissum non ex rigore Juris Civilis proficiscitur: sed datur ex voluntate relinquentis; ut Ulpianus ait *tit. 25. in Fragm.* Jure igitur Civili per fideicommissum non constituitur ususfructus: Legge Duodecim Tabularum in testamentis tantum approbante verba directa & imperativa, non etiam precaria, qualia sunt fideicommissi, & tamen nil vetat, postquam recepta sunt fideicommissa, usumfructum ex fideicommissis servari Jure Prætorio. adeo si quis rogatus sit alii restituere legatum sibi usumfructum; adversus eum tantum competet fideicommissario extraordinaria persecutio ad hoc, ut ei tradat usumfructum: manebitque hoc casu quidem apud legatarium jus ususfructus, hoc est, dominium ususfructus; possessio autem ejus ad fideicommissarium Jure Prætorio transferetur *l. 3. D. Si ususfructus petetur, l. 29. D. de usu & usufructu legato.*

Hæc de genere legandi, quod ad verba attinet: parum refert, quibus utatur testator: modo sint ad exprimendam ejus voluntatem idonea, sic nulla est dubitatio, si dicat, se legare usumfructum, sed quid, si non integro utatur verbo, sed parte? ut, si leget fructum; aut fructum deducto usu; aut usum sine fructu; aut legato primum fructu, deinde usum adimat? tractat hæc pluribus Ulpianus *l. 14. §. 1. D. de usu & habitatione:* sed obscurius, quam ut dissimulari debeat, igitur ipsa apponam ejus verba. ea verba sunt. *Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest: nam fructui & usus inest: usui fructus deest. & fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. denique si tibi fructus, deducto usu, legatus sit: inutile esse legatum, Pomponius lib. 5. ad Sabinum scribit. & si forte, usufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum scribit. Sed, si fructus sine usu: videri constitutum, qui & ab initio constitui potest. Sed si fructu legato, usus adimatur: Aristoteles scribit, nullam esse ademptionem. Quæ sententia benignior est.* Sensus Ulpiani est, Legatarium partim fructum, partim usum habere: non modo, cum ususfructus; sed etiam, cum fructus datur. proinde utrum ususfructus, an fructus legetur, nihil interesse; quia ut non fiat usus mentio, ubi fructus legatur: tamen fructui inest usus: non quidem ex verbi proprietate: (nam ea usus a fructu distinguitur) sed ex sententia testatoris: qui legans fundi fructum, non intelligitur eo verbo legare fructum liberum atque infinitum: (qui, ut alibi dixi, proprietatem absolvit: rectiusque fundus, quam fundi fructus dicitur) sed videtur eo verbo, quasi breviori sermone, usumfructum designasse. atque huc quoque intendit Florentinus *l. 42. D. de usufructu* sequentibus verbis. *Si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod usuuario supererit: nec minus (&) ipse fruendi causa & usum habebit.* Igitur testator cum simplici-

ter dixit, *fructum fundi do lego;* etsi palam non dederit usum; tamen quia eum palam non inhibuit, tacite dedisse videtur, idque Paulus confirmat *lib. 3. Sentent. tit. 8.* Quid, si testator ei cui fructum constituit, usum neget? ut si leget fundi fructum, deducto usu? valebitne fructus sine usu? movet, quod si usus sine fructu legetur valet legatum nudi usus. igitur si detur nudus fructus sine usu, cur non valebit legatum nudi fructus, evidente testatoris voluntate? Sed ne huc flectamus, nam testator, si fructum legat sine usu, neque est hoc animo, ut legatario det dominium, sibi contradicere videtur. fructus enim infinitus & liber quem se dare proficitur, est dominium, id est, jus pro arbitratu disponendi, quod non vult testator dare. igitur si dat fructum, deducto usu: nihil dare intelligitur. aliter ac si leget usum sine fructu, tum enim valet legatum: quia potest habere exitum. poterit enim legatarius uti ad necessitatem; etsi non possit frui ad compendium, & hoc Ulpianus vult in *d. l. 14. §. 1.* sic scribens. *Et fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. denique si tibi fructus, deducto usu, legatus est, inutile esse legatum, Pomponius lib. 5. ad Sabinum scribit.* Quid, si testator prius leget usumfructum, mox adimat fructum? possit dubitari. interim fructus appellatione continetur usus fruendi causa. magis igitur est; ut legato usufructu, & mox adempto fructu, totus ademptus videatur ususfructus: ac ne usus quidem nudus debeat, scilicet, quia legato usufructu, erat legatus usus, non ille qui separatam facit servitutem: verum hic qui tantum fruendi causa habetur; eoque non superest sublato fructu. Huc eunt sequentia Ulpiani verba *d. §. 1. l. 14. Et, si forte, usufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum scribit.* Pergit Ulpianus. *Sed, si fructus sine usu: videri constitutum, qui & ab initio constitui potest.* Sic Florentina. At vulgata Accursii editio habet, *Sed si de fructu sine usu adimendo sensit, quare non dicamus usum videri constitutum qui & ab initio constitui potest.* Sic vulgata. a qua stant Græci, *Basilic. lib. 16. tit. 1. pag. 293. tom. 2.* & Haloander: præterquam, quod sic scribit, *Sed si de fructu sine usu sensit: usum videri constitutum, quia & initio constitui potest.* quomodo & Vintimilius edit, hæc verò lectiones ut sunt pleniores, ita aptum produnt sensum: qui in Florentina non est, nisi ea sic restituatur, *sed si fructus sine USUM videri constitutum qui &c:* ut sit, *sed si fructus sine usu, usum videri constitutum qui &c.* Hoc primus, quantum recorder, suspicatus est Vir illustis, Elbertus Leoninus, *lib. 6. Emendationum, c. 10.* ingeniosissime. idemque incidit deinde Marco Aurelio Galvano, *De usufructu c. 21.* Sensus est, Si legato primum usufructu, deinde adimatur fructus, ademptum videri totum ususfructus legatum: prorsus, ut ne usus quidem debeat: nisi appareat, fuisse testatoris mentem; ut fructum quidem adimeret; sed usum nudum & a fructu separatum legaret: tum enim pro usufructu substituisse usum: quem etiam ab initio si voluisset constituere, potuisset constituere. Versus ultimus *d. §. 1. l. 14.* talis est. *Sed si fructu legato, usus adimatur: Aristoteles scribit, nullam esse ademptionem: quæ sententia benignior est.* Si testator fructum leget, mox usum adimat: posse metui, ut valeat legatum fructus, nam & si fructum leget, deducto usu: inutile esse legatum, supra scriptum est. si tamen testator non totum tollit usumfructum; sed usum ex usufructu: posse benigne dici, potius esse, ut vitietur ademptio usus, quam ut vitietur legatum ususfructus: quippe hoc initio constituisse: & si testator ex postfacto abstulit ejus partem,

rem, quam non potest auferre: sibi contradicere non in legando fructu, sed in tollendo usu ex usufructu. melius igitur & benignius dici, saluum esse legatum usufructus, sed usus ademptionem vitari. aliter ac si initio legatus sit fructus, deducto usu. tum enim a testatore legari fructum sine usu qui non potest esse: ideoque videri eum sibi contradicere in legando fructu; & totum legatum facere inutile. Expositus est §. 1. d. l. 14. *D. de usu & habitatione*. sequitur §. 2. *eiusdem loci*. verba hæc sunt. *Usu legato, si eidem fructus legetur, Pomponius ait, confundi eum cum usu. idem ait, & si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum*. Sensus prioris verus est, Si cui primum usus, deinde fructus legetur: Pomponio mutata videri voluntatem; & usufructum pro usu substitutum esse. etsi enim primum usus legatus fuerit; utique mox est legatus fructus, nec is liber atque infinitus, sed hic cui usus inest, ut supra dixi. unde necesse est; ut, quod Pomponius ait, alicui legato usu, si eidem fructus legetur; fructus cum usu confundatur; eoque jam non usus nudus, sed usufructus legatus intelligatur. Satis de priore versu. Sensus posterioris est, Si tibi usus, mihi fructus legetur: utrique legatum esse usum: tibi quidem nudum; mihi autem non nudum, sed illum qui fructui inest. igitur nos in usu concurrere, fructum ad me dumtaxat pertinere. id enim valet hoc, *me solum fructum habiturum*. Superest §. ult. d. l. 14. *D. de usu & habitatione*. verba ejus. *Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit, vel alio modo constituerit*. Ulpianus vult, Si Sempronius habens fundi proprietatem, (hæc enim fundi appellatione venit) ejus usum leget Titio; mox Sempronii heres tibi leget usufructum ejusdem fundi: fieri, ut ejus heres habeat nudam proprietatem; Titius nudum usum; tu fructum sine usu, utique separato a fructu: usum enim qui fruendi causa fructui inest, nihilominus te habere, Florentinus ait l. 42. *D. de usufructu*. Secundum hæc igitur etiam explicandum esse Ulpianum l. 5. §. 2. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, alibi ostendi ex Cujacio lib. 13. *Observ. c. 12*.

Occurrit & alia difficultas. quid enim, si testator non usufructum, neque fructum leget: sed fructus annuos? attingit hanc quæstionem Javolenus l. 41. *D. de usu & usufructu legato*. Dixerat testator, Fructus annuos fundi Cornelianus Publio Mævio do lego. quærebatur, quid legatum videretur? ait Javolenus, hoc perinde esse accipiendum, ac si usufructus fundi esset legatus; additque, putare ita Labeonem. quia vero idem censet Ulpianus l. b. xviii. Ad Sabinum, ex quo desumpta est l. 20. *D. de usufructu*, facile mihi persuadeo, in hoc consensisse auctores utriusque sectæ: etsi non ob vim verbi; (nam proprietatem quærentibus, fructus magis fructuum corpora, quam jus eos percipiendi, id est, usufructum significant l. 43. *D. de evictionibus*) sed quod illa interpretatio conveniret menti testatoris: qui ubi dixit, Fructus annuos fundi do lego, fecit legatario potestatem ex fundo percipiendi fructus annuos. qui autem potest quid

facere in alieno, aut inde percipere, invito domino; huic constituta est servitus l. 15. §. 1. *D. de servitutibus*: si quidem ad usum prædii, realis: sin ad personæ necessitatem aut compendium, usus vel usufructus. Hoc, si testator fructus fundi annuos legavit his verbis, do lego: id est, per vindicationem. at si eos legavit per damnationem, hoc modo, Fundi Æbutiani redditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo: quæ est species l. 38. *D. de usu & usufructu legato*: non videtur legasse usufructum, id est, jus fructus aut redditus ex fundo quotannis percipiendi: sed corpora fructuum quotannis nasciturorum. non enim voluit, uxorem quotannis redditus suo jure percipere, eumque in finem in fundo quod oportet, facere: (quod est proprium fructuarii) contra voluit, heredem habere fundi arbitrium; ex eoque fructus producere, ac productos percipere, & perceptorum dominum esse: sed uxorem demum perceptos ab herede petere actione ex testamento. usufructus autem non est jus petendi redditus ab herede: sed jus utendi fruendi re aliena. putat igitur Scævola d. l. 38, tale legatum distare a legato usufructu. Tamen nec hoc caret scrupulo, propter l. 58. §. 1. *D. de usufructu*. dixerat ibi testator, *Sempronio do lego ex redactu oleris & porrinæ quæ habeo in agro Farrariorum, partem sextam*. ita Florentinæ. alibi extat, *ex reditu*. sed justam esse Florentinam lectionem, suo more, id est, erudite ostendit Excellentissimus Jurisconsultus, Cornelius van Bynckershoek, Supremæ Curie Hollandiæ, Zelandiæ & Frixiæ Senator Amplissimus lib. 1. *Observ. c. 25*, eo nomine jure laudatus a V. Cl. Caro o Andrea Dukero, *Animadversionibus ad Opuscula Varia de Latinitate Veterum Jurisconsultorum*, pag. 391. Dixerat igitur testator, Do lego ex redactu oleris & porrinæ quæ habeo in agro Farrariorum, partem sextam. eis vero verbis, etsi non sint damnationis, sed vindicationis, ait Scævola, non usufructum legatum, sed ex eo quod redactum erit, legatam partem sextam intelligi. Sed videamus: ne observet Scævola, quod non dixit testator, Do lego fructuum partem sextam: sed Do lego ex redactu oleris & porrinæ, quæ habeo in agro Farrariorum, partem sextam. referre autem; utrum per vindicationem leget fructuum partem; an partem ex redactu fructuum. nam cum per vindicationem legat partem fructuum: legatario facit potestatem quotannis partem suo jure percipiendi; simul agendi omnia sine quibus illa quotannis percipi nequit. creditur igitur ei dare usufructum fundi pro parte. verum cum legat partem ex redactu fructuum; non vult, legatarium quotannis partem jure suo percipere; eumque in finem agere omnia sine quibus percipi nequeant fructus. tantum legat ei ex hoc quod redactum erit, partem sextam. sinit igitur, integrum fundi jus esse heredis; eum colere fundum, eum percipere, & redigere fructus: ceterum ex redactu, id est, ex eo quod redactum erit, vult demum partem sextam venire ad legatarium. heredi igitur relinqui integram fundi proprietatem, non separatam usufructu: ab eoque redacta fructuum corpora dat legatario. quod ab usufructu remotum esse, existimavit

Scævola.

CAPUT II.

*Ususfructum constitui pactionibus & stipulationibus: at sequente
quasi traditione. quæ illa sit? cur inventa? &
a quibus?*

Sed non tantum testamento constituitur ususfructus: verum etiam pactionibus & stipulationibus, auctor Gajus *l. 3. §. 1. D. de usufructu*: appellans pactiones quæ sunt Juris Gentium; cum stipulationes sint Juris Civilis. vix opus moneri, quod Gajus non omnes indigitat Juris Gentium pactiones; sed dumtaxat ad transferendum dominium idoneas: qualis est emptio & venditio. Illud prætereundum non est: quod ut Gajus ait, ususfructum pactionibus constitui: ita Ulpianus *l. 11. §. 1. D. de Publiciana in rem actione* ait, cum constitui per traditionem vel patientiam. Sed neutrum offendit. nam Gajus respexit ad constitutionis initium; Ulpianus ad finem; uterque partis demonstratione integram constitutionem est complexus. adeo sic accipiendus *d. l. 3. §. 1.* est Gajus; quasi dicat, ususfructum constitui pactionibus & stipulationibus: modo eas insequatur traditio: Ulpianus *d. l. 11. §. 1.* quasi velit, ususfructum constitui traditione vel patientia; si fiat ex justa causa. interim sunt duo usufructui constituendo necessaria. primum pactio aut stipulatio: deinde traditio. altera est causa ex qua promittatur ususfructus: altera est modus per quem promissus adquiratur. quod si tradatur, nulla prævia causa ex qua fiat traditio; non transit ususfructus. sicut numquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur: auctore Ulpiano, *in Fragm. tit. 19.* & Paulo *l. 31. D. de acquirendo rerum dominio*. vice quoque versa, si pactione aut stipulatione promittatur ususfructus: non habet is cui promittitur, actionem confessoriam in rem, quasi adquisita servitute. tantum habet actionem in personam promissoris: eo quod effectus pactionis & stipulationis est, parere obligationem: cujus substantia non consistit in hoc; ut aliquod corpus nostrum, aut aliquam servitutem nostram faciat; sed ut personam nobis adstringat ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum *l. 3. D. de obligationibus & actionibus*. igitur ut constituatur ususfructus, non sufficit nuda traditio, sed desideratur insuper pactio aut stipulatio. sola quoque non sufficit stipulatio aut pactio, sed præterea requiritur traditio.

Ea qualis? nam proprie traditur res corporalis *§. 40. Inst. de rerum divisione*: quæ sola tenetur ac possidetur *l. 3. D. de acquirenda possessione*. res incorporalis proprie non traditur. *l. 43. D. de acquirendo rerum dominio*: quia proprie non possidetur res non corpore, sed intellectu consistens. igitur non est quærenda in constituendo usufructu naturalis traditio. opus est ficta: quam admittat rei incorporalis natura. talem invenerunt Veteres, ut solent, adhibito remedio. id remedium est cautio qua promittat dominus proprietatis, per se non fieri, quo minus suo jure utatur fructuarius. primus dedit hoc remedium Labeo. auctor Javolenus *l. 20. D. de servitutibus*: cujus lib. 5. *Ex posterioribus Labeonis* verba hæc sunt. *Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non*

fieri, quo minus eo jure uti possit: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Sic Labeo. &, opinor, Labeonem sequutus hac in parte fuit Sabinus. adeo Pomponius *l. 3. §. 2. D. de actionibus empti & venditi*, qui locus est ex ejus lib. 11. *Ad Sabinum*, sic scribit. *Si iter, actum, viam, aqueductum, per tuum fundum emero, vacua possessionis traditio nulla est. itaque cavere debes, per te non fieri, quo minus utar.* cæterum invento a Labeone hoc remedio, ut fit, itum longius a Javoleno, invitante utilitate. placuit certe ei Notis ad Labeonem, nulla esse opus cautione: si intervenerit ususfructuarii & patientia domini proprietatis. verba Javoleni, ut dixi, in Notis ad Labeonem in *d. l. 20.* talia sunt. *Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque & interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Nempe, quia cautio quam pro remedio invenerat Labeo, non alio spectabat, quam ad præstandi usus securitatem: poterat ea videri supervacua ex Javoleni observatione; si fructuarius re fructuaria, domino patiente, frueretur: id est, cautionis finem atque effectum obtineret, ita tandem factum: ut (quod Gajus ait *l. 3. §. 1. D. de usufructu*) traditus intelligatur usufructus; si dominus proprietatis in fundum inducat fructuarium; eumque patiat eo uti frui.

Fere oblitus eram, quod de usufructus traditione dixi, Prætoris tutione procedere. nam usufructus Jure Civili non ea constituitur, sed cessione in jure: ea forma quam tradit Ulpianus *in Fragm. tit. 19. his verbis.* *In jure cessio quoque communis alienatio est & mancipi rerum & nec mancipi, qua sit per tres personas in jure cedentes, vindicantes, addicentes. in jure cedit dominus; vindicat ei cui ceditur: addicit Prætor. in jure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus.* Sic formam exprimit Ulpianus. plenius aliquanto Boëthius lib. 3. *Comment. in Topica Ciceronis.* verba ejus. *Cessio tali fiebat modo, ut secundo commentario idem Gajus exposuit. in jure autem cessio fit hoc modo. Apud Magistratum populi Romani, vel apud Præsidem provincie is cui res in jure ceditur, rem tenens ita vindicat. Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. deinde postquam hic vindicaverit, Prætor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit, idque legis actio vocabatur.* Igitur usufructus Jure Civili non quasi traditione, sed in jure cessione, constituitur: hæc vero quia necessariam habebat solemnitatem Prætoris adeundi in jure, ob res qualescumque maximas, minimas, tam ex remotis, quam ex propinquis locis, magnis sæpe impensis, majoribus difficultatibus: evitandæ ejus molestiæ gratia, optima ratione inventa est a Jurisconsultis in usufructu quasi traditio. interim, ut Ulpianus ait *l. 1. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*, sic traditus quamquam ex justa causa usufructus, Jure non constituitur, sed tutione Prætoris. idque idem vult Ulpianus *l. 1. §. 2. D. de servitutibus*.

vicibus prædiorum rusticorum: sic scribens, *Traditio plane & patientia servitutium inducet officium Prætoris*. Sensus est, traditionem efficere, ut Prætor eam possessionem, licet impropriad, tamen quasi veram, tueatur. Et notandum: quod ait, *traditio & patientia*: pariter ut in *l. 11. §. 1. D. de Publiciana in rem actione*: usumfructum & servitutem urbanorum prædiorum per traditionem constitui vel per patientiam plane simili sensu: quia vel pro & accipitur frequente illorum seculorum usu: quem annotavit Salmasius, *Notis ad Vopisci Probum*, c. 14. pag. 663. & ad Capitolinum, Gordiano. c. 7. f. pag. 88.

Plane cum ususfructus Jure Civili cessione confirmatur; possit aliquis mirari, cur in Pandectis non fiat cessionis, sed traditionis mentio. verum desinet mirari: intellecto, Imp. Justinianum sustulisse differentias quæ utroque in modo apud Veteres fuerat: cum sustulit differentias rerum Mancipi & nec Mancipi, item domini bonitarii & Quiritarii *l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo*.

Cæterum, si legato, si pactionibus & stipulationibus constituatur ususfructus; ait Paulus *l. 4. D. de usufructu*, extare, si, (ut Ulpianus *l. unic. §. 3. D. Quando dies usufructus legati cedat in fit*) constare, quod ususfructus potest vel præsens, vel ex die dari. Sensus Pauli est: quod ususfructus vel pure dari potest, eoque casu est præsens ususfructus, ut dicitur præsens obligatio *l. 9. D. de rebus creditis*, quæ est pura: vel potest dari ex certo die; tum vero ante, quam dies venit, non est ususfructus. nempe

ususfructus est jus personæ, atque ipsum in utendo fruendo, id est, in personæ facto, consistit *l. 61. §. 1. D. de acquirendorum rerum dominio*. proinde si legatur, si promittatur ususfructus; ejus dies numquam cedit, antequam fructuarius possit uti frui *l. unic. pr. & §. 1. sed nec causa est*, cur ante cedat dies: quippe cum ususfructus cum persona fructuarii finiatur; nec ad ejus heredem transferatur *l. 2. l. 3. & l. 5. D. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*. Porro priusquam cedat ususfructus dies, non est ususfructus quia ante non est qui utatur fruatur. Ita apparet, usumfructum ex die constitui: cæterum ante diem constitutum, neque fructuario deberi, neque ab eo vindicari: quia ante nullus est. At enim ex die constituta prædii servitus, etiam ante diem ipso jure existit: & potest ipso jure vindicari *l. 4. D. de servitutibus*. Verum interest, quod prædii servitus non est personæ jus, neque ex personæ facto consistit, neque ejus morte finitur; sed est prædii qualitas, si, jus quod prædio constituitur, & prædio inhæret, atque ipsum, non ejus dominum, sequitur; neque adeo, ut esse incipiat, aut adquiratur ex die, desiderat utentis factum. contra fuit, atque acquisita est servitus, ex quo constituta est; nec potest fingi deinde ob diei adjectionem aut non fuisse, aut non esse prædio acquisita. Quod si ex die constituta servitus, prædio quæsitæ est ante diem; quæso, qui potest fieri, ne prædii dominus eam ipso jure vindicet statim; uti vindicat prædium cujus ea servitus est?

CAPUT III.

Usumfructum Judicis sententia constitui in judiciis divisiis.

Nunc videamus de sententia Judicis. nam & ea constituitur ususfructus in judicio familiæ eriscundæ & communi dividundo: si Judex alii adjudicaverit proprietatem, alii usumfructum *l. 6. §. 1. D. de usufructu*. est vero ejus adjudicationis effectus: ut ususfructus statim fiat ejus cui adjudicatus est *§. ult. Inst. de officio Judicis*: cum alioquin dominium aut servitus Judicis sententia declaretur magis, quam constituatur *l. 8. §. 4. D. Si servitus vindicetur*. Verum speciale jus est sententiæ Judicis in judiciis divisiis uni proprietatem adjudicantis, alteri usumfructum: ea enim constituitur usufructus.

Idem esse, si uni fundum, alteri usumfructum adjudicaverit Judex, Ulpianus auctor est *l. 6. §. 10. D. Communi dividundo*: & notandum, eum in *l. 16. §. 1. D. Familiæ eriscundæ* præterea scribere ex Juliani sententia, si Judex alii fundum, alii usumfructum, adjudicaverit; non communicari usumfructum. Id vero vult, unum nudam habiturum fundi proprietatem, alterum solidum ejus usumfructum, atque hoc quoque singulare jus est, in legato certe aliter respondit Julianus *l. 6. D. de usufructu earum rerum*: ut jam alibi ostendi.

CAPUT IV.

Usumfructum etiam lege constitui novo jure.

Hactenus ostendi usumfructum Jure Civili constitui domini voluntate, & Judicis sententia in judicio familiæ eriscundæ & communi dividundo. porro agam de lege: qua novo Jure constituitur ususfructus: cum is modus ante Jure Civili esset incognitus. constituitur autem lege patri in bonis filii in potestate existentis, non omnibus, sed adventitiis: idque, ut dixi, novo Jure, nam olim quidquid adquirebat filius familias, ejus proprietas pleno jure erat patris in cujus potestate erat filius, res nota: & clare Seneca *lib. 7. De beneficiis c. 4. Omnia patris sunt quæ in liberorum manu sunt*. adeo nihil erat tum filii familias, nisi jure peculii ex

permisso patris. De Tiberio, jam arrogato ab Augusto, Suetonius, *Tiberio c. 15. Nec quidquam postea pro patre familias egit: aut jus quod adoptione amiserat ex ulla parte retinuit: nam neque donavit, neque manumisit, nec hereditatem quidem aut legata percepit ulla aliter, quam ut peculio referret accepta*. Una exceptio fuit in castrensi peculio: in quo placuit Principibus, filium familias pro patre familias habere. meminit. Juvenalis, *sat. 16. vers. 52.*

— — — Quæ sunt parva labore
Militia, placuit non esse in corpore census
Omne tenet regimen cujus pater. — — —

Hoc

Hoc exemplo est confimile jus datum peculio quasi castrensi *pr. Inst. Per quas personas cuique acquiritur. l. ult. C. de inofficioso testamento*. Præterea est eodem exemplo alia, eaque notabilis exceptio in *l. 50. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum* Decreto Imperatoris Hadriani, cum deficeret auxilium ordinarii juris, extra ordinem inducta, movente singulari ratione. Licetque ei addere exceptionem etiam alteram, receptam benevolentia Rescripti Divi Pii *l. 52. D. de acquirenda vel omittenda hereditate*.

Sic jus fuit usque ad Constantinum. inde mutatum in bonis maternis: quorum dominium vetuit Constantianus deinceps adquiri patri, tantum voluit eum, quamdiu vivit, in his habere usumfructum. extat ea Constitutio *l. 1. C. de bonis maternis*, & plenior in *l. 1. Cod. Theod. eod. tit.* Initium hoc ususfructus lege constituti, longius iverunt Gratianus, Valentinianus & Theodosius *l. 6. Cod. Theod. eod. tit.* quod enim in maternis bonis constituerat Constantinus, illi traxerunt quoque ad bona materni generis. idemque firmarunt Honorius & Theodosius *l. 7. Cod. Theod. eod. tit.* quæ est posita a Triboniano *l. 2. C. eod. Tit.* Jusserunt postea Theodosius & Valentinianus *l. 1. C. de bonis qua liberis*, simile jus esse in his quæ uxor marito non emancipato, vel maritus uxori in potestate positæ, quocumque titulo vel jure concesserit, sive transmiserit. Justinianus *l. 6. C. eod. tit.* ne hoc quidem stetit sine. nam si quis filiusfamilias non ex substantia ejus cujus in potestate sit, sed ab aliis sibi aliqua adquisierit quibuscumque ex causis, vel ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis; ea patri non in plenum, sicut ante obtinebat, sed usque ad usumfructum solum adquirat; & eorum ususfructus quidem apud patrem cujus in sacris sit, permaneat, dominium autem filiofamilias inhæreat, ad exemplum rerum maternas, & ex nuptialibus causis adquisitarum: exceptis peculiis castrensibus & quasi castrensibus: quorum nec usumfructum habere patrem priores leges concessere. ceterum voluit Justinianus *d. l. 6. §. 2. & l. ult. §. 4. C. eod. tit.* ut

pater, habens usumfructum adventitiorum bonorum filii, sit liber a præstatione cautionis fructuariæ, itemque a necessitate reddendarum rationum, finito usufructu; habeatque interim liberam fructuariæ rei administrationem, una dempta alienatione: quod in aliis fructuariis non ita esse, in loco dictum est. Illud quoque noviter constitutum est a Justiniano *d. l. 6. §. 3.* ut patris, si filium suum emancipet, nisi privilegio specialiter renuntiet, sit ususfructus partis diuiniæ bonorum quæ patri non adquiruntur; cum ex Constantini constitutione quæ est in *l. 1. Cod. Theod. de bonis maternis*, ante retineret tertiam proprietatis partem. & tamen hic quoque ab usufructu excipit Justinianus castrensia & quasi castrensia filii bona *l. 6. §. 3.* imo invenit complures casus in quibus ne in adventitiis quidem filii bonis ususfructus patri adquiratur qui casus extant *l. 7. & 8. item & auth. Excipitur, & seqq. C. de bonis qua liberis*.

At ususfructus non patri tantum lege constituitur; sed mulieri quoque, si quid acceperit liberalitate prioris mariti, aut successione prioris matrimonii, deindeque transeat ad secundas nuptias, superstitionibus prioris matrimonii liberis. nam visum Imp. Gratiano, Valentiniano, & Theodosio *l. 3. C. de secundis nuptiis*, proprietatem reverti ad liberos: mulierem habere jus ususfructus, quamdiu ipsa viva, prioris matrimonii filii vel omnes vel aliqui eorum vivant. quod si moriatur superstitionibus liberis; placuit, ea bona ad eos ex æquo redire; non ad certos quos mater eligat. quod si nulli sint liberi, vel esse desinant, illa viva; jam plenam esse ejus proprietatem, ut de his pro arbitrato suo possit statuere.

Similiter si moriatur conjux, relictis liberis & inope conjuge: voluit Imp. Justinianus, conjugem ei succedere ab intestato in partem quartam ususfructus; si quidem sint liberi tres vel pauciores: in virilem autem portionem; si sint plures. *Auth.*

præterea C. Unde vir & uxor.

CAPUT V.

Quibus modis ususfructus tollatur. & primum de tempore ad quod sit constitutus ususfructus.

Expositis modis quibus constituatur ususfructus: tempus est, ut tractem eos quibus tollatur. ne enim in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu; placuit, quod Gajus observat, eum certis modis exstingui, & ad proprietatem reverti *l. 3. §. 2. D. de usufructu*. Eos modos enumerat Paulus *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31.* verbis sequentibus. *Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. amittitur autem quinque modis, capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure cessione, domini comparatione. Et §. 36. Finitur ususfructus aut morte, aut tempore.* Paulus dicit, usumfructum finiri, vel amitti: finiri duobus modis, morte, aut tempore: amitti quinque, capitis minutione, non utendo, in jure cessione, domini comparatione, & rei mutatione. De singulis serio agere, animum induxi.

Igitur ait Paulus, tempore (inde enim incipiam) finiri usumfructum. & exemplum Paulo, si legetur ad certum tempus: puta biennium, aut triennium *d. §. 36*, aut in tempus pubertatis

l. 5. C. de usufructu. idem censet Ulpianus *l. 16. §. 2. D. Familia erciscunda*; si sententia Judicis constituatur ususfructus. ait enim, posse ex certo tempore, & usque ad certum tempus, & alternis annis adjudicari. Est autem effectus ejus rei hic notabilis: quod ususfructus ad tempus constitutus, elapso tempore, non exceptione, sed ipso jure finitur. Atqui tempus in Jure Civili non est modus tollendæ obligationis. meminit hujus Regulæ Paulus *l. 44. §. 1. D. de obligationibus & actionibus*, & Pomponius *l. 55. D. de legatis lib. 1.* nec alia ratione Papinianus *l. 4. D. de servitutibus* scribit, Servitutes ipso quidem Jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam constitui posse: sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurrere contra placita servitutem vindicanti; idque & Sabinum respondisse, Cassium retulisse, & sibi placere. Verum singularis est ratio ususfructus, nam quotidie

tidie constituitur, & quotidie finitur. pertinet autem Juris Regula ad res durantes post constitutum tempus. nam ex res si cœperint deberi, deinde pergunt deberi; donec obligatio suis tollatur modis: in quibus non est tempus. sed ea Regula non pertinet ad res desinentes esse post constitutum tempus. intelligitur enim tempore finiri obligatio: cum veniente tempore, superest res jam ante deberi cœpta; & nihilominus temporis lapsu deberi desinit. quæ enim tum est causa finiendæ obligationis, præter tempus? Atque hoc impedit Juris Regula: nullam temporis vim sine lege agnoscens. At si res post tempus esse desierit sine debitoris mora aut culpa: tum hac causa desinit Jure Civili deberi: nec resistit Regula; quo minus obligatio sic ipso jure pereat tempore: quia non tam tempore finitur, quam interitu rei debitæ. Igitur ususfructus ad tempus constitutus, existente tempore, finitur: non quia ei tempus adfert finem: sed quia, elapso tempore, ipse esse desinit sine culpa domini proprietatis: eoque deberi desinit ex Regula Juris: volentis interitu naturali speciei debitæ liberari speciei debitorem. Erit hoc aliquanto clarius: cogitantibus, ususfructum, ut ut jus sit, tamen consistere in facto fructus percipientis *l. 1. u. nic. D. Quando dies legati ususfructus cedat*: hoc enim est, uti frui: ut in loco est dictum. porro hodie non sunt fructus hi qui heri fuerunt, aut cras erunt: nec est hodie eorum perceptio ea quæ heri fuit, aut cras erit. ita sit: ut eam perceptionem, id est, eum ususfructum, quotidie finiri, & quotidie constitui, magis sit *l. 1. §. pen. D. de usufructu accrescendo*. prorsus ut ad diem constituto usufructu, deinde elapso die, non debeat ususfructus prioris diei, quia esse desit; neque sequentis, quia non est constitutus. sed & si ita legetur ususfructus, ut alterius annis utatur fructuarius: non unum, sed plura legata sunt. aliter atque in servitute aquæ & viæ: est enim, ut Paulus ait *l. 13. D. de usu & usufructu legato*, una viæ servitus: & addit Paulus, quia natura sui habet intermissionem. Illud non omittam: quod legato alternis annis usufructu, plena proprietas ad dominum pertinet, quo tempore non licet fructuario uti frui *l. 2. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*. Atque hoc quoque in prædii servitute aliter jus est: siue ex pacto habeat intermissionem, siue ex natura sui. una enim est servitus, eadem perpetua, & continua, utique jure, licet temporibus tecernatur ejus usus *l. 5. §. 1. & l. 14. D. de servitutibus*. Sic olim jus fuit mero Civili Jure. sed id, opinor, & forte solus, deinde mutatum fuit in servitutibus, post decretum Papiniani cujus meminit Paulus *l. 40. D. de rebus creditis*: quo de hic non dicam plura; quia de eo summa agam diligentia libro singulari ad Edictum, De Pactis & Transactionibus capite x, De Pactis adjectis contractibus stricti juris: ubi, si vacat, & lubet, vide.

Interim putemus, ususfructum ad certum tempus, vel conditionem constitui, & existente tempore vel conditione, finiri ipso jure: maxime, si constitutus sit ad tempus aut conditionem quam ipse impleat fructuarius. sed finge, adscribi conditionem aut tempus quod non ipse, sed alius debeat implere, & is decesserit: non impleto tempore aut conditione? fuit hic aliqua Veterum hæsitatio quam sua decisione sustulit Imp. Justinianus in *l. 12. C. de usufructu*, digna quæ hic & explicetur, & emendetur. verba Imperatoris sunt. *Ambiguitatem antiqui juris decidentes, sancimus,*

*siue quis uxori suæ, siue alii cuicunque usufructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit, stare usufructum in annos (singulos), in quos testator statuit: siue persona, de cujus ætate compositum est, adeam pervenerit, siue non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed certa curricula: nisi ipse, cui usufructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtrahendus: tunc etenim ad posteritatem ejus usufructum transmitti non est (penitus) possibile: cum morte usufructum penitus extinguere, juris indubitati sit. §. 1. Sin autem talis fuerit inserta conditio, Donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit: vel in aliis similibus casibus, quorum eventus incerto sit: siquidem respuerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usufructum finiri: sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usufructum apud eum. Cum enim possibile erat usque ad omne vitæ tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri: humanissimum est, ad vitam eorum usufructum extendi. Quemadmodum etenim si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finium, extinguatur usufructus: ita humanum est extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia conditio defecerit. In hac lege duo occurrunt casus. prior talis est. Testator uxori vel alii legavit usufructum sub certo tempore in quod pervenerit ejus filius: id est, donec fiat pubes, verbi gratia. is filius moritur impubes. quæritur; utrum ejus morte extinguatur usufructus; an post mortem ejus duret ad tempus testamento expressum? Erant qui putarent, usufructum filii morte extinguere: quasi testator æque ad filii vitam respexerit, atque ad tempus testamento expressum. adeo perinde esse, ac si legato insit conditio; ut, si filius decesserit ante id tempus, usufructus statim extinguatur? juvabatur hæc sententia eo: quod dies incertus dicitur in testamento facere conditionem *l. 75. D. de conditionibus & demonstrationibus, l. 30. §. 4. D. de legatis lib. 1.* porro incertum est, utrum venturus sit ad pubertatem filius, an non sit *l. 22. D. Quando dies legatorum, l. 40. §. 2. D. de conditionibus & demonstrationibus*. credebatur igitur testator adjecisse tempus pubertatis, ut longissimum duraturi usufructus spatium. prorsus ut si ante moriatur filius: ante extinguatur usufructus. eratque hoc eo probabilius, quod si aliter interpretemur, possit metui: ne numquam finiatur usufructus; numquam perventuro ad annos pubertatis filio qui est mortuus *d. l. 22*. Hoc pro illa sententia. Sed contra placuit Justiniano *d. l. 12*, hunc usufructum, etiam mortuo filio, stare in annos in quos testator statuit; quasi is non tam respexerit ad filii vitam, quam ad tempus testamento expressum. judicavit igitur Imperator, usufructum in proposito magis pure esse relictum, quam sub conditione; tempusque eo fruendi demum finiri pubertate filii. atque ita est: testator legans usufructum, donec filius veniat ad certam ætatem, puta, pubertatem, non respexit ad incertum vitæ filii, sed ad certa curricula, id est, ad certum annorum numerum a filio implendum, non ut incipiat usufructus, sed ut finiatur. igitur si vivat filius ad id tempus: finietur usufructus. si non vivat filius ad id tempus: durabit ad id tempus usufructus, quasi nondum existente conditione qua finiatur. At enim dies incertus in testamento facit conditionem. Novi: sed non est*

incer-

incertus dies omnino exiturus anno quarto & decimo a natali filii, nec interim inficior, incertum esse tenorem atque exitum vitæ filii : incerto, an veniente illo die sit victurus, at hoc quid facit ad rem præsentem? ubi legatus est ususfructus: non dum vixerit filius ad annum decimum quartum : sed donec erit quatuordecim annorum. idque perinde valet, quasi dixerit testator : Do lego tibi ususfructum ad tot annos, quot filio defunt, ut pubes fiat, quot si est : non respicit testator ad hominis vitam quam necesse sit durare, ut valeat ususfructus: sed ad certa annorum curricula quibus impletis demum finiatur ususfructus. At legatum, cum filius pervenerit ad annum quartum & decimum, conditionale esse dicitur locis ante allatis. Nisi refert, quod illis adjectum tempus est pro termino a quo incipiat legatum esse: quod tempus conditionem facit. sed in proposito adjectus est dies pro termino ad quem durare debeat ususfructus: qui terminus est legati pure relictæ. datus igitur hoc in casu est ususfructus pure; & adjectus ei dies, tantum pertinet ad finiendum ususfructum. ita videtur ususfructus, propter ejus diei adjectionem, magis sub conditione resolvi, quam sub conditione relinqui. Postremo non obstat: quod possit metui; ne aliquando non extinguatur ususfructus. Non enim datus est ad vitam filii quatuordecim annos nati & tum superstitis: sed ad eam ætatem filii, sive mortui, sive superstitis. Hæc pro Justiniani sententia. Excipit tamen is Imperator in *d. l. 12. Nisi ipse cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: quia tunc ad posteritatem ejus transmitti ususfructum non est penitus possibile.* Satis clare, nisi nubeculam obtenderet Scævola *l. 35. D. de usu & usufructu legato*, verbis sequentibus. *Uxori ususfructum villæ legavit in quinquennium a die mortis suæ: deinde hæc verba adiecit, Et peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo. Quæsitum est, cum uxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio jam, an vero impleto quinquennio competat: quia peracto quinquennio testator proprietatem legaverat? Respondit, post completum quinquennium fundum ad libertos pertinere.* Sed tenuis illa nubes; ac facile transmissura lucem: animadverso, aliam esse Scævolæ, quam Imperatoris, speciem. sane apud Scævolam testator uxori legavit ususfructum villæ in quinquennium continuum, numerandum a die mortis suæ; & adiecit, *Et peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo.* Quæritur; an mortua intra quinquennium uxore, fundus debeat libertis statim restitui? negat Scævola: quia libertis fundus est relictus ex die, expectanda igitur est dies; sed postrema quinquennii; quam significat adjecta vocula *tunc*: ut apparet ex *l. 4. §. 1. D. de conditionibus & demonstrationibus*, fundus igitur ex sententia Scævolæ, nisi completa postrema quinquennii die, ad libertos non pertinet; id est, fundus ex fideicommissio eis non debetur, nisi transacto quinquennio; & interim heredis est pleno jure. Tantum de priore casu *d. l. 12. C. de usufructu.*

Sequitur alter ex §. 1. *eiusdem legis*, est autem talis. Pater habens filium furiosum, Titio legavit ususfructum fundi, Donec remanserit filius in furore. is filius moritur in furore, quæritur, an ususfructus finiatur morte filii? quæstio ea vertitur: quod reliquerat pater ususfructum, Donec filius fureret, at mortuus filius, qui esse desiit, quomodo adhuc furere videri potest? finitur igitur ususfructus mor-

te filii: perinde ac si convalesceret filius, contra poterat dici, ususfructum non extinguere filii morte. primum, quia in furore mortuus, non potest dici desisse furere. deinde testator legans alicui ususfructum, Donec in furore erit filius, videtur velle, ususfructum esse apud Titium: nisi si convalescat filius. proinde, sanato filio, finiatur ususfructus voluntate testatoris: non sanato, non finiatur; ne si moriatur quidem: quia non id voluit testator; & est natura ususfructus; ut duret ad vitam fructuarii: nisi ei brevius præscribatur tempus. quod in proposito non est. id eo fortasse verius dicatur: quia simile quid in legatis alimentis: quæ perpetua sunt, nisi quod eis sit præstitutum tempus *l. 14. D. de alimentis legatis*, ita si legata sint libertis alimenta, quoad morati erunt cum Claudio Justo, debebuntur eis alimenta, non modo vivo Claudio Justo, sed etiam mortuo *l. 13. §. 1. D. eod. tit.* Atque hanc sententiam sequutus est Imp. Justinianus *d. l. 12. §. 1. Sin autem*, inquit, *adhuc in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere ususfructum apud eum.* Et causatur Imperator, hanc sententiam esse humanissimam, propter incertum resipiscentiæ, furioso sæpe numquam contingentis vivo fructuario. nam sicut æquum est, ususfructum ex voto testatoris ea in specie durare ad vitam fructuarii: ita putat Imperator, convenire ejus voluntati, ususfructum, etiam mortuo in furore filio, durare ad fructuarii vitam. ad hanc Imperatoris rationem accedit altera: quod quemadmodum moriente usufructuario ante finitum furorem, finitur ususfructus; ita vicissim putat Imperator, oportere eum, moriente furioso ante, quam resipuerit, apud fructuarium manere. Sic mihi videtur: & ideo in *d. l. 12. §. 1. pro, Quemadmodum etenim si decesserit*, quomodo omnes habent codices, reponendum esse, *quemadmodum etiam si decesserit*, ita enim planus sit sensus, qui alioquin est impeditus. video quoque, illa verba, *etiam, & enim vel etenim*, aliquoties alterius locum occupare in libris Juris nostri. idque jam annotavi libro, *De forma emendandi doli mali*, c. v. 11. Cæterum quod in *d. l. 12. §. 1.* definivit Justinianus, idem olim sensit Scævola *l. 32. §. 6. D. de usu & usufructu legato: Nisi* (hanc addit exceptionem) *manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse.* optime: est enim Justiniani decisioni locus in dubio; nec opus interpretatione: clara & certa voluntate testatoris.

Fuit & alia apud Veteres dubitatio: quam attingit & finit Justinianus *l. 14. C. de usufructu*. Testator Titio legavit fundum, deducto usufructu: quem iussit manere apud heredem. In ea specie fuit quæsitum, an valeat ususfructus? quia poterat dubitari, an finiatur. Erant quibus inutilis esse videbatur sic legatus ususfructus: eo quod heredis appellatio non tantum ad proximum heredem, sed ad deinceps quoque heredes refertur *l. 65. D. de verborum significatione, & l. 194. D. de regulis juris*: itaque inutilis erit proprietas a qua semper absit ususfructus. Aliis contra sedebat, magis valere legatum ususfructus. nam Titio fundum deberi; heredi ususfructum. eo in numero fuere Gajus *l. 6. D. de usufructu*, Africanus *l. 36. §. 1. D. eod. tit.* Julianus *l. 4. D. Si usufructus petetur*, Papinianus *l. 66. §. ultim. D. de legatis lib. 2.* & postremo Justinianus *d. l. 12.* movitque Imperatorem: quod ususfructus apud heredem manere iussus, possit finire morte primi heredis. At heredis appellatio

tio etiam ad deinceps successores pertinet. (sic loquitur d. l. 14. Justinianus : non sine exemplo , auctore Festo, in *deinceps*) Sed ea vocabuli latitudo cessat : quoties ei testatoris voluntas , aut rei qua de agitur, natura, aut simile, adversatur l. 70. l. 227. pr. §. 1. D. de verborum significatione, l. 1. D. de vulgari & pupillari substitutione, l. 5. D. de conjungendis cum emancipato liberis ejus. quod hoc contingit casu : quia usufructus natura sua cum persona fructuarii extinguitur ; nec ad heredes ejus transit. accedit, quod testator legans Titio proprietatem, heredi usufructum, voluit æque valere legatum proprietatis atque usufructus. idque frustra vellet, si heredis appellatio etiam ad ulterio-

res heredes pertineret : inutili futura proprietate a qua semper abfuturus sit usufructus. igitur (quod convenit testatoris voluntati , & naturæ usufructus) in proposito placet , heredem intelligi non ulteriorem illum qui per heredem a testatore scriptum heres factus sit : sed hunc proximum, qui ipsius judicio testatoris heres scriptus est.

Ita : si testator Titio legavit fundum , deducto heredi usufructu. quod si quis sit usufructum stipulatus sibi & heredi ; duo erunt usufructus, quorum unus morte stipulatoris , alter heredis morte

extinguetur l. 38. §. 12. D. de verborum obligationibus.

* * *

CAPUT VI

Quomodo usufructus finiatur morte fructuarii?

Igitur finitur usufructus tempore. amplius finitur fructuarii morte. sic Paulus lib. 3. *Sentent. tit.*

8. §. 36. nempe usufructus est jus fruendi personæ : id est , jus consistens in facto personæ. qua sublata, necesse est, & ipsum tolli : sicut si quid aliud personæ cohæret l. 3. §. 3. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur, l. 1. §. 3. D. de liberatione legata. Inde Modestinus l. 51. D. de usufructu, Titio, inquit, cum morietur, usufructus inutiliter relinquitur intelligitur ; in id tempus videlicet collatus quo a persona discedere incipit. Nec male Salvianus lib. 3. *Adversus avaritiam* de fructuario ait, Usus rerum habentem, jus rerum non habentem, quasi locupletem quidem vivere, sed quasi mendicum mori. Finitur igitur usufructus morte fructuarii, utique si is certus sit. Sed de eo fuit aliquando dubitatum. & exemplum ; si ponatur populo aut civitati datus usufructus. nam cum populum aut civitatem dicimus, quid intelligimus ? puto, multos homines, at non solutos, sed uno nomine & corpore conjunctos l. 30. D. de usurpationibus & usucapionibus in primis societate vitæ civilis & consensu imperii, Hoc sensu Cicero *De republica* lib. 3. Populum esse ait cætum multitudinis juris consensu & utilitatis communione sociatum. Eodem modo Apulejus, lib. 2. *De Philosophia*, Civitatem esse, inquit, conjunctionem hominum plurimorum in quibus sunt regentes alii, alii deteriores, conjuncti inter se concordia & invicem sibi opem atque auxilium deferentes, iisdem legibus, rectis tamen, officia temperantes. Ita putemus, populum ex multis civibus consistere : sed interim alium esse populum, alios cives singulos ; ac si civis hic aut ille decedat, & tandem omnes qui initio fuerint, moriantur cives ; non ob id populum mori, aut alium fieri, sed eundem manere qui fuit. Atqui mortuis subinde aliquibus, aliis adgnatis adscitisve, mutantur populi partes. Esto : sed est eadem populi species, quamdiu spiritus summi imperii populum continens, servat formam unitatis : eadem semper re cujus eadem perseverat species, licet mutantur ejus partes : ut, præter Plutarchum, *De sera numinis vindicta*, pag. 559. tom. 2. edit. Paris. erudite disputat Alfenus l. 76. D. de judiciis, adductus supra lib. 1. c. xvii. Ergo perpetuus erit usufructus populo datus ? fortasse dices : populo cui debetur, immortalis. sane Cicero, d. lib. 3. Debet, inquit, constituta sic esse civitas, ut æterna sit. Apud Tacitum quoque est lib. 3. *Annal.* c. 6. Rempublicam æternam esse. Id tamen aliquando fallit. quamquam enim non efficit singulorum mutatio ; ut esse desinat populus qui fuit : ni-

Noodt Operum Tomus I.

hilominus urbes perinde, ac homines, nasci atque emori, optime observat Rutilius Numatianus, *litterario* verbis sequentibus,

Non indignemur mortalia corpora solvi,

Cernimus exemplis oppida posse mori.

et suis exemplis ostendit Petrus Faber V. CL. lib. 1. *Semestr.* c. 8. & 9. præclare autem animadvertit Vir Summus, Hugo Grotius, lib. 2. *De jure belli ac pacis* c. 9. civitatem perire duobus modis : id est, interitu corporis, aut spiritus quo cohæret. Primum interit corpus, sublatis simul partibus ex quibus constat : ut si populus absorbeatur terræ motu, chasmate, vel inundatione, quod sæpe contigisse, præter citatos a Grotio auctores, refert Apulejus, *De mundo*. Deinde perit populus, sublato spiritu quo jungebatur civile corpus. ac pro exemplo ponit Grotius ; si cives a societate sponte discedant ob pestilentiam, aut seditionem, item sublata omni aut perfecta juris communione : eo quod in servitutem rediguntur singuli, aut quod imperio exuitur populus, servata singulis libertate. Nil opus addi, solere Veteres urbem deleturos, in eam aratrum inducere ; indeque aratrum quasi urbium mortem habere. clare id Modestinus l. 21. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur. etiam P. Faber d. c. 8. & Jacobus Rævardus, lib. 2. *Conject.* c. 7. Hoc, si pereat populus. quod si non fiat : adhuc quæri potest, quamdiu tuendus sit in usufructu populus ? prima facie possit perpetuus existimari usufructus : immortalis populo cui debetur. at sic inanis erit proprietas a qua temperaberit usufructus. quod non fuit testatori propositum. is cum populo usufructum, alii proprietatem legaret : non minus voluit legatum proprietatis, quam legatum usufructus, haberi utile : eoque usufructum æque hoc in casu atque in aliis finiri. quando ? Gajus l. 56. D. de usufructu, placuit, inquit, tuendos centum annis esse municipales. ac pro ratione addit, quia is est finis vitæ longævi hominis. ita sane seculum definiisse Veteres, multis declaravit is quem dixi, Petrus Faber d. c. 8. quibus addam illustrem Censorini locum *De die natali* : cujus sunt verba. *Nostri majores quod natura seculum quantum esset, exploratum non habebant, civile ad certorum annorum curriculum centum statuerunt. sed ut hunc numerum constituerent nostri, nonnihil cause fuit. Primum quod multos suorum civium ad hanc ætatem vitam producere videbant. dein quod Etruscos quorum prima secula centenum*

L I

fue-

fuerant annorum, etiam hic, ut in aliis imitari voluerunt, præterea fieri potest, quod refert Varro, quodque Dioscorides Astrologus scripsit, Alexandria inter eos qui mortuos solent conservare, constare hominem plus centum annis vivere non posse. Id cor humanum declarare eorum qui integri perierunt sine corporis tabe, eo quod id multis annis pendendo omnis ætatis incrementa & diminutiones observant, & anniculi pendere duas drachmas, bini quatuor, & sic annos singulos usque ad quinquaginta accedere binas, ab us centum drachmis atque anno quinquagesimo decedere in unoquoque binas, ex quo perspicuum sit, centesimo anno redire ad anni primi pondus, nec longius vitam posse produci. Sic ille.

Æmilius tamen Macer l. 68. D. Ad legem Falcidiam, inventurus æstimationem quartæ Falcidiæ detrahendæ ex usufructu infanti aut civitati relicto, vitam hominis aut civitatis metitur spatio triginta annorum. non igitur durat is usufructus annis centum, sed triginta. At nihil mutat Æmilius Macer. ut enim possit usufructus civitati aut infanti relictus, durare annis centum d. l. 56: non tamen hoc vetat, cum in æstimatione quartæ Falcidiæ videri tanti, quantum est in redditu triginta annorum d. l. 68 nam consuetudo seculum annis centum circumscribens, non negat, usufructum civitatis aut infantis aliquando breviori finiri spatio. est enim centum annorum tempus, terminus vitæ hominis: non cuiusque, sed longævi. Gajus l. 8. D. de usu & usufructu legato ait, esse finem vitæ longissimum, at quoties fit humanis casibus; ne homo ad ætatem quæ est longissima, perveniat salvo statu? etiam civitati aliquando accidit; ne absolvat seculum. sæpe ejus corpus, sæpe ejus spiritus ante tollitur, proinde incerto, habiturusne naturales

terminos sit usufructus civitati aut homini legatus; non est facilis definitio quartæ Falcidiæ. ea causa fuere Veteres, quod res suadebat, aliquanto contenti temperamento; id est, æstimatione reddituum annorum triginta qui admodum completuntur trientem seculi. certe cum plerique vivant usque ad annum sexagesimum: non putarunt Veteres, se recedere ab æquitate; æstimantes dimidiatam ejus ætatis partem: propter varios casus sæpe ex transverso incidentes rebus mortalium.

Ita est: si civitati relinquatur usufructus. aliud est: si ei annum legetur. id enim non finitur seculo, sicut usufructus: licet ejus exemplo morte finiatur l. 8. D. de annuis legatis; utique, si privato alimenti vice detur l. 20. D. Quando dies legatorum. imo & si non sic legetur in annos singulos. sunt enim plura annua legata: primi anni purum: sequentium sub conditione, si vivat l. 4. D. de annuis legatis. Si tamen jussit testator, annum Titio & ejus heredibus præstari: placet, omnibus heredibus, id est, etiam heredum heredibus deberi ex voluntate testatoris l. 22. C. de legatis; aliter ac si usufructus legetur Titio & ejus heredibus. tum enim Titio & primo ejus heredi, sed non heredis heredi & deinceps deberi l. 13. C. de usufructu. quapropter interest inter usumfructum & annum: nec jam miror, annum reipublicæ (quam dixi quodammodo esse immortalem) relictum, ei quotannis in perpetuum deberi l. 6. l. 24. & l. 20. §. 1. D. de annuis legatis: etsi usufructus ei legatus, seculo, id est, spatio centum annorum finiatur. refert enim, quod legato rei usufructu, palam legatum est rei emolumentum: at annuo legato, non est hoc palam, sed tacite, legatum: multa autem tacite & per consequentiam tolerantur quæ palam facta, non valent.

CAPUT VII.

An capitis deminutione, & qua amittatur usufructus?

Absolvi modos quibus usufructum finiri, Paulus ait lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31. Restant quibus amittatur. tales Paulus eodem loco facit quinque quos enumeravi supra capite v. Familiam ducet capitis minutio. quæ est status permutatio l. 1. D. de capite minutis is autem status est triplex: libertatis, civitatis, & familiæ. fit igitur & triplex capitis minutio; maxima, media, & minima: maxima libertatem, media civitatem, minima familiam mutat l. ult. D. eod. tit. est tamen, ubi duplex dicitur, capitis minutio; alia magna, alia minor; nulla juris offensione: ut tradidi lib. 2. Observat. c. 21. igitur tollitur usufructus jure civili capitis minutione, & quidem omni: sive sit maxima, sive media, sive minima. nempe usufructus est jus personæ, quod perit sublata persona cui debeatur. fitque id non tantum morte, sed etiam status mutatione: quia hac homo fit alius, quam fuit. fit enim ex libero servus, aut ex cive peregrinus, aut ex patrefamilias filiusfamilias. ita, quod Paulus indigitat d. tit. 8. §. 32, omni capitis minutione tollitur usufructus, verba Pauli Capitis minutione amittitur (usufructus), si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœna efficiatur, aut si statum ex adrogatione, vel adoptione mutaverit. Recte. nam omni capitis minutione esse definit is cui datus est usufructus: & qui esse cœpit, ei non est datus. certum id in maxima &

media capitis minutione. comparantur enim cum morte l. 63. §. ult. D. Pro socio: neque absurdum est, usufructum, id est, personæ jus, extinguí æque civili ac naturali personæ morte: cum utraque tollantur ejus jura, cum civilia, tum naturalia, sed visum est Veteribus, idem in minima capitis minutione observare: quia usufructus, etsi quædam habeat ex facto; tamen plurimum ex jure mutuatur. quæ vero juris civilis sunt, jure civili, id est, minima capitis minutione, extinguuntur. aliter ac si habitatio legetur, aut legatum relinquatur in menses singulos aut in annos singulos. nam utrumque capitis deminutione perseverat: videlicet, quia tale legatum magis in facto, quam in jure, consistit. hanc differentiã, ut mihi videtur, observavit Modestinus lib. 8. Differentiarum: etsi tantum unam ejus partem posuerit Tribonianus in l. 10. D. de capite minutis: mutato altera in parte jure vetere in l. 16. §. ult. C. de usufructu: ut paulo post dicitur. interim monebo, quod ex vetere illo jure sic indistincte scribit Ulpianus l. 1. D. Quibus modis usufructus amittitur, Usufructum amitti capitis minutione constat. Et observandum, quod addit, Parvi refert, utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Prætoris. proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali, vel superficie non jure constitutus, capitis minutione amittitur. Ulpianus & hic, & in l. 9. §. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat duplicem facit

facit usufructum : unum qui ipso jure constituitur : alterum qui constat tuitioe Prætoris. ejusque exemplum procul dubio optimum quod Ulpianus *d. l. 1.* ponit in eo qui in superficie, aut in vectigali fundo constituitur. qui enim habet fundum talem aut superficiem, non est superficiæ aut fundi dominus; sed in eo jus habet *l. 19. D. de damno infecto.* non igitur potest ejus usufructum constituisse: sicut nec potest ei aliam servitutem imponere. & tamen si constituat ejus usufructum, licet non subsistat ipso jure usufructus, tamen jure Prætorio sustinetur *l. 1. §. 6. D. de superficiebus.* ubi enim cœpit Prætor eum qui habet superficiem, aut agrum vectigalem, id est, emphyteuticarium, domini loco habere, & ei accomodate utilem in rem actionem: deinde consequens fuit; ut perinde tueretur usufructum ab his constitutum, ac si a domino constitutus esset. illud qui procedit: quod porro ait Ulpianus, traditum quoque usufructum non ipso jure, sed Prætoris tuitioe consistere? primum sciendum, usufructum jure civili non traditione, sed in jure cessione constitui; auctore Ulpiano in *Fragm. tit. 19.* deinde, res incorporales proprie non tradi *l. 43. §. 1. D. de acquirendo rerum dominio:* sed quasi tradi intelligi. ita traditæ non subsistunt jure civili, sed jure Prætorio servantur *l. 20. D. de servitutibus, l. 1. §. 2. D. de servitutibus rusticorum pradiorum.*

Quod exposui, vetus jus est. mutatum a Justiniano *l. pen. §. ult. C. de usufructu:* voluit is Imperator, usufructum tolli deinceps capitis minutione tantum maxima & media; non etiam minima: puto, quod maxima & media morti comparantur:

minima contra, etsi mutet familiæ statum, eoque aliam faciat personam, tamen pro morte non habetur, denique constat magis civili subtilitate, quam naturali ratione. Justinianus *d. loc.* id tali ostendit exemplo. *Quare enim si filius familias fuerit is, qui usufructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec patri usufructus acquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat.* Sensus est: quod filius familias emancipatione amittit usufructum ex castrensi peculio sibi comparatum: quamquam is usufructus utpote sequens castrensis peculii causam, numquam ad ejus patrem pertinuit; ne ante emancipationem quidem. ea vero in re mera est subtilitas, nullum habens rationabilem exitum. igitur motus hoc exemplo Imperator *d. l. pen. §. ult.* noluit deinceps usufructum minima tolli capitis deminutione qua olim tollebatur. Dixi quod mihi videtur. Aliis placet, rationem mutati juris petere ex *l. ult. C. de emancipationibus liberorum:* in qua tolluntur emptiones ac venditiones, manumissionesque imaginariæ, quibus filius Jure Civili in servilem statum detrudebatur. sed quod dixerim, pace eorum qui sic sentiunt, errant tota via: etsi videntur sibi idoneam facere collectionem, non enim huc respexit Imperator; ne potuit quidem eo respicere. itane? subjecta oculis Subscriptione utriusque legis apparebit, *d. l. ult.* esse posteriorem *d. l. pen.* ita non potuisse rationem hujus Constitutionis peti ex illa quæ tum nondum erat. Verisimilius quis conjiciat, interpolata ex *§. 1. d. l. pen.* esse a Triboniano postrema Pauli verba in *l. 1. D. de usu & usufructu legato,* insertis verbis, *ex magna causa.* Sed de capitis minutione satis.

CAPUT VIII.

Usufructum amitti non utendo per constitutum tempus.

Præterea amittitur usufructus non utendo. clare Paulus, *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 33. Non utendo,* inquit, *amittitur usufructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, rei mobilis anno.* ait autem Pomponius *l. 25. D. Quibus modis usufructus amittitur,* placere, vel certæ partis, vel pro indiviso, usufructum non utendo amitti. videtur porro fructuarius non uti frui re fructuaria: quum ea nulla ex parte utitur & fruitur. quod si sit usus, non fruitus: putat Paulus *l. 20. D. eod. tit.* referre; utrum sciverit, se habere usufructum, an ignoraverit. nam si sciens, se habere usufructum, tantum uti velit; nihilominus & frui videtur: si vero ignoret; magis amittet usufructum. & movet Paulum: quod non ex eo quod habet utitur, sed ex eo quod habere se putavit. igitur amittit usufructum fructuarius; si per se usus non sit. at cum per alium quoque cui usufructum vendidit, aut locavit, aut gratis concessit, uti frui ei liceat: magis est, ut per eos quoque usufructum retineat *l. 38. D. de usufructu.* amplius, si usufructum habeam, eumque non ipse locavero, sed absente & ignorante me, is qui negotia mea gessit, locaverit, aut certe fuerit usus & fruitus; nihilominus, si ratum habeo quod ab eo gestum sit, retineo usufructum. idque & Pomponius & Ulpianus probant per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisivi *l. 12. §. 2. D. eod. tit.* ex quo ratum habui ab illo gestum.

Igitur retinet usufructum fructuarius etiam
Noctæ Operum Tomus I.

per alium: qui modo ejus nomine utatur usufructu. quod si is non utatur; distinguit Marcianus *l. 38. §. 40. D. eod. tit.* nam si donavero alicui usufructum; isque non utatur; negat, per eum retineri a me usufructum: quia cessante ejus usu, neque in me, neque in illo apparet quo retineatur usufructus. quod si non donavero, sed vendidero, usufructum, etiam si non utatur emptor: contra putat Marcianus, a me retineri usufructum: quia qui pretio utitur, (ut Gajus ait *l. 39. D. eod. tit.*) non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur. Nec tamen hoc semper verum est. quæsitum certe, si proprietarius a me qui sum fructuarius, fundum conduxerit, eumque Sejo vendiderit, non deducto usufructu, an usufructum per emptorem retineam? Et ait Pomponius *l. 29. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur,* licet pensionem mihi solverit proprietarius, tamen usufructum amitti: quia non meo, sed suo nomine fruitus est emptor. teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse. quamquam si a me conductum usufructum alii quis locaverit, retinetur usufructus: sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.

Amittitur igitur usufructus non utendo, sed per constitutum tempus: quod Paulus *d. tit. 8. §. 33.* ait, fuisse biennium in re immobili, fundo, verbi gratia: annum in re mobili. Sed

id tempus mutavit Justinianus *l. 16. pr. §. 1. C. de usufructu*: præfatus, rebus mortalium multas incidere causas per quas illi jugiter quod habent, retinere non possint; & esse durum, eos per hujusmodi difficultates amittere quod semel possessum sit. vetuit igitur, usumfructum non utendo perire, *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere*. Sic loquitur Justinianus: ac fere creditur nolle, usumfructum non utendo perire: nisi fructuario talis opponatur exceptio quæ posset suum vindicantem dominium ab ejus petitione excludere. ea vero exceptio sive præscriptio, est triennii in re mobili; & decem annorum inter præsentem, viginti annorum inter absentes in re immobili *pr. Inst. de usucapionibus*. Sed ea interpretatio mihi numquam placuit, etsi sit hominum ingenio & doctrina illustrium. quin semper putavi, inter usumfructum rei mobilis, & immobilis, esse nullam hac in parte differentiam: utrumque enim tolli spatio decem annorum inter præsentem, & viginti inter absentes. Indicio mihi: quod Imp. Justinianus, postquam egit de rebus, cum mobilibus, tum immobilibus, deinde generaliter ait, fructuario nocere exceptionem quæ ei, si dominium vindicaret, vel præsentem, vel absentem noceret. ea porro distinctio præsentis & absentis locum habet in rebus immobilibus: in mobilibus non habet. vult igitur Imperator, in cujuscumque rei usufructu observari præscriptionem rerum immobilium: quæ præscriptio est decem annorum inter præsentem, & viginti inter absentes: licet in rerum corporalium præscriptione sit mobilium & immobilium differentia. Sed nil opus verbis: ipso Justiniano tenorem *d. l. 16.* plane ad hanc quam dixi, formam exponente sequente anno in *l. 13. C. de servitutibus §. aqua*: ut ex utriusque Subscriptionem facile liquere potest.

Non minus quis miretur eundem Imperatorem in *d. l. 16.* velle, illo temporis spatio quo de disputavi, non modo usumfructum perire, sed etiam actionem de usufructu, non dicam hanc quæ in rem est: sed eam quæ est in personam; sive sit ex testamento, sive ex stipulatu. nam alioquin in personam actiones demum finiuntur spatio triginta annorum *l. 3. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum*. Sed, ut videtur, fecit Imperator *d. l. 16. §. 1.* speciale jus actionis de usufructu, quantumvis personalis.

Longior videri possim, quam necesse sit ostensuro, usumfructum morte, capitis minutione, aut inusu, tolli. nec tamen licet mihi recedere a proposita quæstione. nam quæ dicta sunt de extinguendo his modis usufructu, tum demum certa sunt: ubi unius est usufructus: aut si plurius sit, suum quisque & distinctum habeat usumfructum. tum enim liquet, ex cujus morte, capitis minutione, aut inusu, amittatur. verum fingamus, (qui est casus *l. 4. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*) Titium rogari, usumfructum sibi legatum, Sempronio restituere: hic si incidat alterutrius inusus, mors, capitisve minutio, ambigi possit; ex utrius persona extinguatur usufructus. cum enim legata lege Duodecim Tabularum approbentur; fideicommissa non approbentur; ut dixi capite primo hujus libri: apparet, usumfructum non fideicommissarii, sed legatarii esse: quia non fideicommissario, sed legatario ipso jure acquiritur. ei autem quæsitus, deinde ejus, propter restitutionem, esse non desinit. quin ipsum jus etiam post restitutionem apud legatarii

manet Jure Civili: & tantum fructuum perceptio quæ facti est, ad fideicommissarium transit Jure Prætorio. hoc sensu Julianus *l. 3. D. Si usufructus petetur* ait, possessionem dumtaxat fideicommissarii fieri, non etiam dominium. oportet igitur usumfructum summo jure magis ex legatarii, quam ex fideicommissarii, persona perire morte aut capitis minutione. ceterum extincto sic summo jure usufructu legatarii morte aut capitis minutione: adhuc placuit, tuendum in usufructu esse fideicommissarium: perinde ac si ei principaliter esset legatus. licet enim fideicommissarius, ne facta quidem restitutione fideicommissi, Jure Civili non sit fructuarius, id est, dominus usufructus: tamen Prætor, postquam eum facit possessorem usufructus, sic eum tuetur utili actione *l. 29. §. 2. D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur* Jure Prætorio, ac si Jure Civili esset dominus usufructus: auctore Gajo *l. 29. D. de usu & usufructu legato*. porro quemadmodum Jure Prætorio amittitur usufructus morte & capitis minutione fideicommissarii: ita Julianus *d. l. 3. D. Si usufructus petetur*, & non usu ejus amitti: neque ei ad amissi restitutionem ullam dari actionem: præfatus, possessorem usufructus, id est, fideicommissarium, alioquin plus juris habiturum, quam dominum, id est, legatarium. placer igitur, fideicommissarium non utendo amittere usufructum: sicut legatarius non oneratus fideicommissio, eum amitteret non utendo.

Similis dubitatio fuit in usufructu relicto filio aut servo, & per hos adquisito patri aut domino. utrius enim spectanda in usufructu persona est? filii aut servi: an patris aut domini? nam illos testator indigitavit: hos Jus Civile fecit fructuarios. sed dubitationem exemit Justinianus *l. ult. C. de usufructu*. voluit enim, usufructu servo relicto, unam spectari domini personam, nempe, quia servus per se non habet personam Jure Civili; nisi quam accipit a domino: cui etiam ita acquirit usufructum; ut ne momento quidem in persona servi subsistat *l. 79. D. de acquirenda hereditate*. sic vivo domino. quid mortuo? accipit jam personam servus ex persona heredis. is autem non succedit in usufructum domino acquisitum: qui numquam transit ad heredem fructuarii. accedit: quod testator, cum servo relinquit usufructum, quem scit servum esse: videtur eum non tam servi, quam domini contemplatione reliquisse. Hoc in servo. quid, si filiofamilias sit relicto usufructus? voluit Imperator, & patri & filio datum intelligi: patri quidem primum, quamdiu vivit, & est integri status; etiam ejus manere, mortuo deinde filio. ceterum patre mortuo aut capite minuto, adhuc filii esse; etsi is patri suo non existat heres: id hoc colore, quasi ab initio magis sit filii, quam patris contemplatione constitutus.

Fere mihi exciderat, olim fuisse qui existimarent, dominum si usufructum accepisset per servum, eumque ex parte alienasset, partis alienatione amittere usufructus partem: fuisse quoque qui censerent, partis alienatione usufructum totum amitti. inde sane hoc Ulpiani *l. 5. §. 1. D. Quibus modis usufructus amittitur*, Si quis alienaverit usufructum servi per quem is usufructus ei acquisitus est, per eum retineri usufructum. Et notandum, quod Ulpianus non de alienata servi proprietate loquitur, sed de alienato servi usufructu: quod poterat dubitari, an alienato servi usufructu, ejus pars alienata intelligeretur: certo, parte alienata, usufructum amitti.

ti. Sed negat Ulpianus, si quis alienaverit usufructum servi per quem vel adquisitus ei sit usufructus, amitti usufructum per eum adquisitum: scilicet, quia usufructus non est domini pars, sed jus: non potest, alienato servi usufructu, alienata servi pars videri *l. 25. D. de verborum significatione*. Sed hanc sententiam rejecit Imp. Justinianus *l. 15. C. de usufructu*: magis probata opinione Salvii Julia-

ni; dicentis, alienatione partis servi non amitti usufructum per eum quæsitum, neque in totum neque pro parte. De eo inter omnes convenit, si totum eum servum alienaverit fructuarius, interire servi usufructum, quasi mutato dominio: ut ait *l. 18. D. Quibus modis usufructus amittitur*, verum & hoc mutavit Justinianus *d. l. 15.*

CAPUT IX.

An usufructus Jure Civili amittatur non utendo per modum? credi: sed errore.

Proximum est: ut tractemus, an usufructus non utendo per modum extinguatur. id enim ab aliquot seculis consensu traditur a clari nominis Interpretibus, magnum, ut videtur, sequutis auctorem, Imp. Justinianum, §. 3. *Inst. de usufructu*, sic scribentem. *Finitur autem usufructus morte fructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio*. Subnixis vero & temporis præjudicio, & tanti nominis majestate congrédi unum aut alterum, dementia haberi possit. Audebo tamen contendere, non fuisse eam Justiniani mentem; longeque aliter se rem habere. obtinebo id curatioris interpretatione verborum, *non uti per modum*. Ajunt, fructuarius non uti per modum: cum non utitur secundum formam ei a domino in constituendo usufructu præscriptam. nam modum esse legem dictam a domino proprietatis, ingens venire argumentum: quod Papinianus *l. 4. §. 1. D. de servitutibus* scribit, *Modum adjici servitutibus posse constat: & hunc modum esse, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo dantaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. deinde addit, Intervalla dierum & horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinere jure constituta servitutis*. Igitur si a domino proprietatis in constituendo usufructu palam positus sit fructuario modus, isque aliter fruatur; non ad modum uti eum, omnes docent. ipse quoque id verissimum esse profiteor. sed quid, si is modus in constituendo usufructu a domino sic præscriptus fructuario non sit; & hic re fructuaria abutatur, sive male utatur? jam negant Interpretes, eum re fructuaria uti non per modum. At ego didici multis magnisque rebus, fructuarius, sive ei palam sit præscriptus modus, sive non sit, si re fructuaria utatur aliter, quam ea uti solet paterfamilias, & abuti, & male uti, & non per modum uti. Magni hoc momenti ad explicationem pulchræ quæstionis; ideoque, ad liquidum perducere postulas. Huc igitur pertinet: quod suo ostendi loco, cum usufructum dicimus, non intelligi fructum liberum atque infinitum, sed illum cui inest usus; id est, qui ad modum, sive ad rei conditionem, vel quod idem est, boni viri arbitrato, exerceri debet. Hoc ex fonte scribit Ulpianus, Si cujus rei usufructus legatus sit, legatarius cavere, usum se boni viri arbitrato *l. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat*: id vero significare, non facturum se deteriore usufructus causam; ceteraque facturum quæ in re sua faceret *d. l. 1. §. 3. Paulus lib. 1. Sentent. tit. 19. §. 3.* sic exprimit, *Usufructuarius de utendo usufructu satisfacere debet, se perinde usurum, ac si ipse paterfamilias uteretur*. atque id esse usum ad modum, idem ostendit Paulus *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 30*, verbis

sequentibus. *Usufructu legato de modo utendi cautio a fructuario solet interponi & ideo perinde omnia se facturum, ac si optimus paterfamilias uteretur, fidejussoribus oblati cavere cogitur*. Unde apparet, non per modum uti utrumque significare: id est, non uti ad modum quem paterfamilias in constituendo usufructu fructuario palam præscripsit: & non uti ad modum ad quem paterfamilias habuit rem fructuariam, cum usufructum constituit; etsi fructuario tum modum non præscripsit palam. Sic Paulus, etiam Ulpianus *l. 9. §. ult. D. de usufructu*, ait certe, *Trebatium scribere silvam caduam & arundinetum posse fructuarium cadere, sicut paterfamilias cadebat, & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti*. ac pro ratione addit, *Ad modum enim referendum esse, non ad qualitatem utendi*. Ulpianus ait, *ad modum*, pro ad institutum patrisfamilias: nec, puto, dubium relinquit, si fructuarius male utatur re fructuaria, forte excindens arbores, aut silvam non caduam: quin ea non ad modum uti videatur *d. l. 9. §. fin.* Similiter dicit Ulpianus *l. 15. §. 1. D. eod. tit.* si librarium rus mittat, & qualum ac calcem portare cogat, histriorem balneatorem faciat, aut de symphonia atrientem, aut de palæstra stercorandis latrinis præponat; abuti proprietate. hoc est, ut eodem infir loco, *non secundum conditionem uti*: id est, non ad institutum, seu modum. Idem putat Ulpianus, *d. l. 15. §. 3.* esse generaliter dicendum, in omnibus rebus mobilibus quas sua feritate, vel sævitia corrumpat, non eum modum tenere. Quid, si ædium usufructu legato, non caveat damni infecti fructuarius; & ideo in possessionem mittatur is cui cavendum erat damni infecti? quid, si noxali judicio agatur de servo; & præsens fructuarius nolit defensionem suscipere? Et hic dicendum est, non uti ad modum patrisfamilias. Quid ergo est? placuit, fructuarius, ubi re fructuaria non per modum utitur, posse a domino prohiberi uti frui *l. 9. §. ult. & l. 22. D. de damno infecto*: licet dominus alioquin non possit impedire ita utentem, ne deteriore ejus conditionem faciat *l. 15. §. 6. D. de usufructu*. Sed hoc non pertinet eo: ut putemus, usufructum tali perimi prohibitione, minime, non tollitur statim usufructus non utendo per modum: etsi fructuarius propterea prohibeatur uti frui, nec hoc traditum, non dicam ab Ulpiano *d. loc.* nec a Paulo *lib. 3. Sentent. tit. 1. §. 31. & 36*, ubi enumerat modos tollendi usufructus: sed a nullo Veterum. His sedit, fructuarius idcirco prohibitum re fructuaria uti frui, quod ea utitur non per modum, usufructum ipso jure tetinere: nec amittere ante, quam si ea prohibitio daret per id tempus quo non utendo amitti solet usufructus. Clare Gajus, at-

que adducta insigni differentia quæ hac in parte sit inter usumfructum & pignus. verba Gaji l. 27. D. de noxalibus actionibus hæc sunt. *Si noxali iudicio agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus ususfructus alterius est, admonendi sumus, si creditur vel usufructuarius præsens defensionem suscipere noluerit, Proconsulem interventurum & pignoris persecutionem vel ususfructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari: nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. ususfructus autem, etiamsi persecutio (ejus) denegetur, ipso jure durat, eo usque donec non utendo constituto tempore pereat.* Dedit unum argumentum, atque idoneum. Sequitur alterum non minus firmum, ex Ulpiano l. 1. §. 5. D. Usufructuarius quæadmodum caveat. verba Ulpiani. *Utilius autem visum est, stipulatione de hoc cavere, ut si quis non viri boni arbitrati utatur, committatur stipulatio statim: nec expectabimus, ut amittatur ususfructus.* Ulpianus dicit, convenire providentiæ proprietarii tradentis usumfructum, curare: ut sibi caveatur a fructuario, Usurum fructurum se arbitrati boni viri: sic enim effici; ut fructuario non utente ad modum boni viri, proprietario statim committatur ex stipulatu actio ad id quod ejus interest; nec necesse ei sit, repetere rem fructuariam, eumque in finem expectare tempus quo ususfructus amittatur. quamquam & potest eum interim prohibere, ne utatur fruatur: ut supra dixi. Quod si est. demonstratum est, usumfructum non utendo ad modum non finire statim: quia potest fructuarius statim, ac non utitur boni viri arbitrati, id est, non ad modum, ex fructuaria cautione conveniri, etiamsi nondum amissus sit ususfructus. Hoc secundum argumentum. Addamne & tertium? addam atque ex eadem l. 1. §. 6. ubi porro Ulpianus, *Habet*, inquit, *stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, & & sapius committetur; sequens committetur finito usufructu.* Ulpianus putat; priorem fructuariæ cautionis clausulam quæ est, Usurum boni viri arbitrati, (id est, ut dixi, usurum ad modum) non solum statim committi, ac aliter usus fuerit fructuarius; sed & sapius. argumento certo atque indubitabili, usumfructum non amitti statim, ac aliter quam ad modum usus est fructuarius: cum alioquin non posset sapius eadem committi cautio.

Dices, id verum esse; cum fructuarius re fructuaria abutitur, vel male aliterve utitur: non cum ea utitur non per modum: nam de hoc casu Imp. Justinianum testari in d. §. 3. *Inst. de usufructu*: de illoneque ibi testari, neque alibi, non igitur debere alterum casum facile ad alterum extendi. Sed jam in antecessum ostendi, aliter aut male uti, item abuti, & non uti arbitrio boni viri, & uti non per modum, in persona fructuarii plane idem valere. Proinde, si non utendo per modum statim tollitur ususfructus, sequitur, & male aut aliter utendo, & abutendo, usumfructum tolli. at hoc falsum esse, omnes uno clamant ore. an igitur permittam mihi; ne illud quoque falsum esse existimem? numquam faciam. At supereminet auctoritas Justiniani in d. §. 3. Nisi est alius, quam putatur, ejus sensus. ipsa consideremus verba. *Finitur autem, inquit, ususfructus morte fructuarii & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio.* Non simpliciter ait Imperator,

usumfructum finire non utendo per modum. ait, eum finire *non utendo per modum & tempus.* hoc vero indigitat, usumfructum non utendo amitti: non quidem per tempus anni aut biennii, sicut olim jus erat: sed per modum temporis nova lege a Justiniano definiti: usitata loquendi figura Grammaticis *ἡ διὰ τοῦ χρόνου* appellata: quam observat Servius in hoc Virgilii, lib. 2. *Georgic. vers. 192.*

- - - *Pateris libamus & auro.*

significari, inquit, pateras aureas. Eadem figura utitur A. Gellius lib. x1. *Noct. Attic. c. 18.* Si qui, inquit, *super manifesto furto jure & ordine experiri velit, actio in quadruplum datur.* Pro ordine juris vel jure ordinario. Cicero quoque lib. 1. *Ad Lentulum epist. 7.* verba Ciceronis. *Hæc profecto vides, quanto expressiora, quantoque illustriora futura sint, cum aliquantum ex provincia atque ex imperio laudis accesserit.* pro ex imperio provinciæ. Sic mihi videtur; atque eo magis: quia in d. §. 3. addit Imperator, *quæ omnia nostra statuit Constitutio.* ait, se hæc constitui in sua Constitutione: id est, in l. 16. C. de usufructu. hanc vero sapius, ac serio, & attente legi: at numquam deprehendi, in ea dici, usumfructum amitti non utendo per modum. tantum ibi dicitur, usumfructum deinceps amitti capitis deminutione maxima & media; itemque non utendo: modo si fructuario talis opponatur exceptio: quæ etsi dominium quis vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. Non igitur solitus, ante Justinianum, fuit ususfructus tolli non utendo per modum; eoque non numerat hanc formam Paulus lib. 3. *Sentent. tit. 8. §. 31. & 36.* inter cæteras quibus ususfructus exstinguitur. non etiam voluit Justinianus inducere formam novam & Veteribus incognitam. tantum voluit in inusu ususfructus jam ante recepto, laxius observari tempus, quam a Veteribus fuerat constitutum. cum enim ad tollendum inusu usufructum ante sufficeret spatium anni aut biennii: noluit Imperator, deinceps aliud esse tempus, quam decem annorum inter præsentem, vel viginti inter absentes. quod si est; efficitur, ut ususfructus non utendo per modum ne hodie quidem finiatur: quia hoc nove non constituit Imperator in d. l. 16, neque vetustas ante definivit: ut ex supra dictis intelligitur.

Nec tamen me præterit, Paulum l. 18. D. *Quemadmodum servitutes amittuntur*, in prædii servitute ita scribere, *Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est: servitus amittitur.* Sed non sinam id captari temere. quod enim Paulus ait, utentem servitute non per modum, amittere servitute: tum verum est demum: si servitute non ad modum sit usus per legitimi temporis spatium: id est, si ea toto illo tempore numquam est ita, ut debuit, usus, nec ulla ratione. Ita Paulum interpretor. audio, at quo auctore? Paulo; nec desideres certiore. is vero l. 10. §. 1. D. *eod. tit.* sic scribit. *Si is qui nocturnam aquam habet, interdum per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitute, qua usus non est. Idem est in eo qui certis horis aquaductum habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum.* Sic Paulus. addam Marcellum: nam huic idem videtur: in primis si quis constituta certo modo servitute, ea utatur modo plane alio. quod si ita utatur; ut modum egrediatut tantum: putat Marcellus, hunc non aliud, sed plus egisse: ideoque non utendo non amittere servitute: esse enim usum servitute, etsi aggravaverit servitute: suffi-

sufficere igitur hoc in casu, rem sic temperari; ne ei concedatur, in servitute habere plus, quam sit pactum. Verba Marcelli si quis considerare volet, apponui ex l. 11. D. eod. tit. Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; & alia sit ejus conditio, quia amplius oneris, quam licuit, vex-

rit: magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti (lego, Sicuti, id est, sicuti si) latiore itinere usus esset; aut si plura jumenta egerit, quam licuit; aut aqua admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis questionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere.

CAPUT X.

Ususfructum tolli cessione in jure facta a fructuario. & quando? item de consolidatione.

Revertamur ad Paulum. is lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31. inter modos amittendi ususfructus etiam ponit in jure cessionem, & in §. 35. adfert exemplum. In jure, inquit, cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit. Estque perspicua ejus exempli ratio. nam in jure cessio, ut dixi c. 2. hujus libri, est legis actio, qua contingit cujuscumque rei tam incorporalis, veluti ususfructus, quam corporalis, ut fundi, aut servi alienatio. fiebat illa hac forma. apud Prætorum in jure vindicabat cessionarius, suum esse quod ei cedebatur. Prætor deinde rogabat cedentem, an contra vindicaret. is si negaret, aut taceret: pronuntiabat Prætor hæc solemnia verba, Quando tu neque ais, neque negas, ego huic præsentis & vindicanti addico. eo igitur decreto cum cedenti omne jus ejus voluntate abjudicaretur, idemque cessionario addiceretur: an mirum erat, ususfructum domino proprietatis a fructuario in jure cessum, statim amitti? sed hoc clare Paulus.

Quid, si extraneo cedatur? silet Paulus d. tit. 8. §. 35. ideoque sunt qui sibi aliisque persuaserunt, cessione extraneo facta, non amitti ususfructum. Sed si mihi liceat meo uti ingenio: non recedam a contraria sententia existimantium, ususfructum etiam hoc casu amitti Jure Civili ostendere id alii, suo quisque modo, & inter cæteros Marcus Aurelius Galvanus, De usufructu c. 38. non ero tamen molestus, etiam de meo aliquod sustinens Jurisprudentiæ adferre lumen. Dicam igitur, ususfructum Jure Civili amitti cessione extraneo facta: etsi non dicat Paulus. non enim id negat. magis de eo silet: nec oportet in scriptis Veterum temere fieri argumentum a consequentia, aut a contrario. esse enim lubricum, & plerumque extra scriptoris mentem, ostendi in Julio Paulo c. 7. nec tamen peccasset Paulus d. loc. etiam hujus casus aliquam faciens admonitionem. at non idcirco quod non fecit; illi contradixisse videri debet. quid, si enim habuit silentii causam, quod supervacua videretur disputatio de modo cessionis quo nemo sit usus? an vero? sit ita, ut domino proprietatis ususfructum cum ratione cedat fructuarius; cujus intersit, id fieri ex causa donationis aut venditionis aut similiter: an eum cedat extraneo: nihil effecturus ejus respectu; & interim nociturus sibi, extincto præter intentionem usufructu? non dices. supervacuo igitur sollicitus d. loc. sit Paulus circa cessionem a fructuario faciendam alii, quam domino proprietatis: cum præsertim nemo ea usus sit sapiens & se spectans. Non quæram circuitiones: rectam ingressus viam, ac bono duce: nisi displicet Pomponius. at is in l. 66. D. de jure dotium sic scribens. Si ususfructus fundi cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur: difficultas erit post divortium circa reddendum jus mu-

lieri: quoniam diximus, ususfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; & si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum ususfructum. Quidam ergo remedium loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc ususfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum: perceptio vero fructuum ad mulierem perveniat. Subjecta species manifestum dabit Pomponii intellectum. Titius Sempronio pro Seja ei nuptura, in dotem dedit ususfructum fundi cujus proprietatem mulier non habebat. hoc matrimonium finitur divortio. quæritur, quemadmodum ususfructus Sempronio in dotem datus, Seja restitui possit? præcipua difficultas est ob cessionem in jure: qua, ut dixi, solent apud Prætorum cedi res incorporales, ut ususfructus. sed Pomponio non placet cessio Seja non profutura, sed nocitura, extincto usufructu. verba Pomponii. Difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus ususfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; & si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum ususfructum. Verum ipsum quoque hoc in obscuro est. quid enim significat, Sed ad dominum proprietatis reversurum ususfructum? utrum suo tempore, an statim, & per consequentiam cessionis? forte dabis humanitati, ut mitiora censeas: quod durum videtur, tam acerbe puniri levem conatum, non modo non habentem effectum, at nec crimen tam severa coercitione dignum. mavis igitur, Pomponium sentire, reversurum ususfructum: non statim, nec per consequentiam cessionis: sed ubi finitus erit legitimis modis, veluti morte, aut capitis deminutione. Sed videamus; ne a jure aliena sit illa mollities, quod tamen vertitur delictum? sed sufficit, erratum esse ignorantia juris. ita ut non sit peccatum quod res publica vindicet ob læsam disciplinam. at est supina negligentia fructuarii sponte sua nocentis sibi juris forma, & solemnibus apud Prætorum male adhibitis. ea igitur re si amisit ususfructum sciens prudensque faciens cessionem; imputet sibi: sicut si alias in judicio, aut extra judicium damnum patiatur sua vācoria: ut sunt exempla ejus generis pulchra lib. 9. paragraph. 5. D. de juris & facti ignorantia, §. 33. Instit. de actionibus, l. 7. D. de in integrum restitutionibus, lib. 1. §. 3. D. de postulando. hic certe id fit: est enim in jure cessio alienationis genus: quo agebatur; ut cedenti Prætoris decreto jus omne abjudicaretur; eique cui cessio fieret, adjudicaretur. quod si est; ut est verissimum: quæ-

quæso, qui potest extraneo fieri cello, salvo usufructu fructuario? concedamus, per eam nihil transire in extraneum: (quia neque civilis, neque naturalis, ratio patiat, actum inter fructuarium & extraneum præjudicare domino proprietatis, qui usumfructum soli indult fructuario: non ei quoque in quem id transferre a se velit fructuarius) at quid vetat, fructuarium, cessione extraneo facta, usumfructum sibi sua voluntate abdicere? est enim, ut dixi, personæ jus usufructus; nec potest fieri, ut a fructuarii persona sine interitu sui discedat jus ejus personale *l. 15. D. Familia erciscunda*. Proinde si fructuarius id a se discedere velit; (quod fit, cum extraneo cedit usumfructum) quid causæ est, cur negemus, usumfructum extraneo cello, quamquam imprudenter, statim reversurum ad proprietatis dominum? Non me præterit, dici, non præstare impedimentum quod de jure non sortitur effectum. Sed non confundit me illa vulgaris jactatio. quoties enim fit in jure; ut quæ careant vi alii noxia, interim facienti damnum adferant? Et extat tale exemplum apud Ulpianum *in Fragm. tit. 19.* ipsum eo notabilius: quia est in ipsa qua de agimus, in jure cessione, verba Ulpiani. *Hereditas in jure ceditur, vel antequam adeatur, vel postea quam adita fuerit. antequam adeatur, in jure cedi potest ab h. rede legitimo: postea quam adita est, tam a legitimo, quam ab eo qui testamento heres scriptus est. Si antequam adeatur hereditas, in jure cessa sit, perinde heres sit cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset. Quod si postea quam adita fuerit, in jure cessa sit, is cui cessa est, (legendum, is qui cessit: ut monui alibi) permanet heres, & ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero per-eunt, id est, debitores defuncti liberantur.* Ulpianus vult, quod cessio hereditatis in jure facta, postquam adita est hereditas, non quidem operatur hætenus, ne heres maneat is qui cessit; atque adeo, ut noceat creditoribus hereditariis: sed interim efficit, ut ab eo liberentur debitores hereditarii: eo quod ipse se omni heredis jure sciens volensque ea cessione abdicavit: nec tamen debitores hereditarii ob id cessicio heredi tenentur: quia ei non sunt obligati. Est hoc unum atque egregium exemplum. addam tamen & alterum ejusdem generis, atque æque ad rem nostram accommodatum. id exemplum est: quod Imp. Justinianus §. 4. *Inst. de donationibus* ait, fuisse olim modum civilis acquisitionis per jus accrescendi, eumque modum fuisse talem. si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio ad crescebat. addit Imperator, ea re evenisse, ut & libertate servus defraudaretur, & ex ea humanioribus dominis quidem damnum inferretur, sævioribus autem lucrum accederet. Nihil igitur fuerit præter juris rationem: si in proposito similiter dicat Pomponius *d. l. 66.* usumfructum extraneo cello, non ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum statim, ac cello sit, nempe, quia (ut supra dixi) sufficit, cedentem errasse juris ignorantia licet alioquin non versetur ejus delictum legibus vindicandum. hoc sequentia quoque evincunt Pomponii verba. *Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.* Quid hic Pomponius? indigitat, cessionem quæ in jure facta apud Præto-rem continet juris alienationem, hic non recte

adferri pro modo restituendi usufructus: quippe non effecturam quod volunt partes; & acturam contra, quod nolunt. non enim fore hunc ejus exitum: ut usufructus, quantum attinet ad jus, sive dominium usufructus, a marito transeat ad mulierem; quod faciendum erat: sed ut ipsum usufructus jus sive dominium statim ad dominum proprietatis revertatur: quod neque marito, neque mulieri erat propositum. oportere igitur, quod solitum fuit Jurisconsultis, cogitari de remedio quo neque pereat jus usufructus; & ejus utilitas nihilominus ad mulierem perveniat. Ait vero Pomponius, fuisse quibusdam visum, pro tali remedio adhibere colorem venditionis, vel locationis quæ fiat nummo uno. nam si maritus uxori vendat usumfructum nummo uno; eumque deinde non cedat, sed tradat: ipsum quidem jus, id est, ipsum usumfructum, penes maritum remanere: perceptionem vero fructuum, id est, utilitatem quæ facti est, ad mulierem pertinere. Sic illi: & recte ex Pomponii sententia. non enim ut cessio, sic traditio, est alienatio Civili Jure. tantum facit, ut quod traditur, sit in bonis ejus, cui fiat traditio: ut clare Ulpianus, *in Fragm. tit. 1. §. 14.* igitur si maritus uxori vendat usumfructum, & tradat: ipse, ut Pomponius loquitur, retinebit ipsum jus; id est, ipsum usumfructum; Julianus dominium usufructus appellat *l. 3. D. Si usufructus petetur*: sed ad mulierem mariti nomine pertinebit fructuum perceptio quæ facti est, & a Juliano *d. loc.* usufructus possessio vocatur. Idem vel simile erit; si maritus uxori nummo uno locet usumfructum. nam & tum ipse sibi retinebit usumfructum, id est, ut dixi, jus sive dominium usufructus; fructuum vero perceptio ejus nomine veniet ad uxorem. Rationis hoc fuit Pomponii tempore: obtinente tum vetere juris forma. sed postquam Imp. Justinianus *l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo* hanc mutavit, sublata differentia domini bonitarii & Quiritarii; tum modorum quibus ea dominiorum genera apud Veteres acquirebantur: cæpit vis traditionis esse eadem ei quæ est cessionis. huic quoque consequens fuit: ut deinde utroque modo aut usufructus tolli, aut nihil agi videretur: quia jam utroque per æque contingit alienatio; cum olim altero fieret alienatio, altero non fieret §. 40. *Inst. de rerum divisione*. Sed Justiniano placuit, magis tollere nominum vanitatem, quam impedire justam hominum voluntatem; & ideo putavit, convenire communi utilitati; ut cessione extraneo facta, quantum ad usumfructum, id est, ad jus attinet, idem esset quod olim obtinebat, facta usufructus traditione. noluit igitur usumfructum extraneo cello, hodie extinguere; cum non esset hoc propositum fructuario; sed apud eum remanere: sicut olim fiebat, si extraneo a fructuario esset venditus & traditus. ceterum domino proprietatis cello, hoc animo, ut ejus fiat jus usufructus, extinguere & cum proprietate confundi ex fructuarii voluntate. hoc, opinor, indigitat Imp. Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu*, ubi item, inquit, *finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur.* Id eo verius dixero: quia is Imperator in §. 1. *Inst. de usu & habitatione* patitur, usumfructum a fructuario adhuc alii vendi: cum constet, venditionem consensu perfici, & traditione consummari.

Porro ait Paulus *d. lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31*, usumfructum etiam domini comparatione amitti. & recte: nam postquam sum nactus pro-

proprietatem cuius usufructum habeo : desinit meus esse prior usufructus, & incipit iure proprietatis, quasi ex nova causa, rursus meus esse l. 21. §. 3. *D. de exceptione rei judicata.* l. 78. *D. de jure dotium.* Eum modum Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu* appellat consolidationem : Venulejus confusionem

l. 4. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* idque nomen ne Paulo quidem displicet l. 27. *D. Quibus modis usufructus amittitur.* Res facilis; nec pluribus opus.

* *

CAPUT XI.

Quomodo tollatur usufructus mutatione aut interitu rei fructuariae ? Et quando ?

Postremo sic scribit Paulus, lib. 3. *Sentent. tit. 8. §. 34. Rei mutatione amittitur usufructus : si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur.* Sensu minime idoneo : quomodo enim recte dicitur *legata domus*, cuius legatus sit usufructus ? nec aptius dicitur mutatione rei amitti usufructus, si *domus legata* incendio conflagraverit, aut ruina perierit. Scribo igitur : *Rei mutatione amittitur usufructus ; si domus incendio conflagraverit, aut ruina perierit.* Eo modo Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu* : *Constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terra motu, vel vitio suo corruerint, extinguí usufructum.* Cogitavi quoque, an possit restitui : si domus *us. lg. incendio conflagraverit*, id est, si domus, usufructu legato, conflagraverit, quomodo fere Ulpianus l. 5. §. 2. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur* ait, *Rei mutatione interire usufructum placet : veluti usufructus mihi ædium legatus est. ædes corruerunt, vel exustæ sunt.* Non minus mirere : quod uterque, & Paulus, & Ulpianus ait, usufructum amitti rei mutatione : cum Justinianus l. 16. §. 1. *C. de usufructu* scribat, usufructum cadere ipsius rei interitu : Celsus quoque l. 2. *D. eod. tit.*) usufructum esse, inquit, jus in corpore : quo sublato & ipsum tolli, & nihilominus hi omnes in unam conspirant sententiam. etsi imperitis alius sit rei interitus alia rei mutatio, ita de medio populi Tertullianus, *De resurrectione carnis* c. 54. pag. 360. *Discernenda est demutatio ab omni argumento perditionis. aliud enim demutatio, aliud perditio.* Et post. *Non miscebuntur omnino diversa, mutatio atque perditio, operibus utique diversa. perdit hac, illa mutat. quomodo ergo quod perditum est, mutatum non est : ita quod mutatum est, perditum non est. periisse enim est, in totum non esse quod fuerit : mutatum esse, aliter esse est. porro dum aliter est, id ipsum potest esse : habet enim esse quod non perit. mutationem enim passum est, non perditionem. atque adeo potest & demutari quid, & ipsum esse nihilominus.* Sic ille, atque ut dixi, magis populari sensu, quam ex disciplina sapientum, verissime opinantium, nihil perire naturæ ; & quod videtur desinere, tantum in aliam transferri formam. ita Seneca, *Epist. 36. ad fin.* & ante Pythagoras, apud Ovidium, lib. xv. *Metamorph.* his verbis.

Nec species sua cuique manet ; rerumque novarum

Ex aliis alias reparat natura figuras.

Nec perit in tanto quidquam (mibi credite) mundo ;

Sed variat, faciemque novat, nascique vocatur

Incipere esse aliud, quam quod fuit ante : morique

Desinere illud idem. cum sint huc forsitan illa

Hæc translata illuc ; summa tamen omnia constant.

Sapienter igitur dixerunt Ulpianus ac Paulus, mutatione rei fructuariae tolli usufructum. nimirum, ubi datur alicujus usufructus rei ; non datur usufructus omnis substantiæ ; sed ejus quæ in specie est l. 34. §. 2. *D. de usufructu.* illa si mutetur : desinit esse cuius legatus est usufructus ; & ejus quæ esse cœpit, non est legatus.

Quam porro dixi mutationem ; cave, putes, qualem qualem esse. solam indigito quæ rei formam (quam M. Tullius, ut Nonius Marcellus observat, *De different. verb.* integritatem speciei voluit esse) plane evertit. nam hoc demum modo fit mutatio. putatur autem mutari forma ; cum res ob id quod contingit, in aliud nomen transit. quod si non fiat : non creditur mutari forma. nec hoc idcirco dicitur : quod nomini sit aliquid cum forma commune ; sed quod rerum nomina solent peti a forma : eoque forma plerumque a nomine, tamquam a posteriore intelligitur. Hoc sensu Tertullianus, lib. 2. *De carne Christi* c. 13. *Fides, inquit, nominum salus est proprietatum. etiam cum demutantur qualitates, accipiunt vocabulorum possessiones.* Mutato igitur rei nomine, mutata videtur rei forma, & perit ejus usufructus. Sit exemplum quod ex Paulo & Ulpiano attuli : legatus est ædium usufructus. hæ ædes corruerunt, vel exustæ sunt. jam non ædes appellantur, sed area. est igitur extinctus ædium usufructus : quia res mutata est, amisso nomine, atque alia specie facta d. l. 5. §. 2. *D. Quibus modis usufructus amittitur.* vice versa, legatus est usufructus areæ : huic imposita est superficies : desinit esse area, & domus appellatur : cuius ut pars sit area, & præcipua, cui etiam cedat superficies : domo tamen areæ imposita, mutata est species cuius legatus est usufructus. Varronem audi, *De lingua Latina* lib. 4. pag. 7. *Ubi frumenta secta terantur & are-scant, area. propter horum similitudinem loca in urbe pura area.* Mutata igitur re fructuaria, amittitur usufructus. d. l. 5. §. 3. Item usufructus debetur agri : (qui ager dictus est, ut Varro ait d. loc. in quam terram quid agebant fructus causa) is ager inundatus est, ut stagnum jam sit, aut palus. (idem Varro d. loc. p. 8. *Palus paululum aque in altitudinem, & palam latius diffusa.* Stagnum vero est, ut Ulpianus definit, quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quæ quidem aqua plerumque hieme co-gitur l. 1. §. 4. *D. Ut in flumine publico navigare liceat*) aut contra legatus est usufructus stagni ; & exaruit stagnum, ut ager sit factus. utraque notatur mutatio, apud Ovidium, lib. xv. *Metamorph.* his verbis.

Eque paludosa siccis humus aret arenis,

Quæque sitim tulerant stagnata paludibus hument.

In utraque igitur specie, mutata re ac nomine, extinguitur usufructus l. 10. §. 2. & 3. *D. eod.*

D. eod. tit. Idem: si legetur ususfructus massæ, & vasa sint facta: vel contra, si legato vasorum usufructu, facta sit massa, Ulpianus putat *d. l. 10. §. 5.* quia mutata forma prope interempta videtur substantia *l. 9. §. 3. D. Ad exhibendum*: utique quantum attinet ad usumfructum: et si alioquin maneat substantia massæ, etiam mutata ejus figura, ita de cera Ovidius *d. lib. xv.*

Utque novis fragilis signatur cera figuris,

Nec manet, ut fuerat, nec formas servat eadem;

Sed tamen ipsa eadem est - - -

Addit Ulpianus *d. l. 10. §. 6.* & ornamento dissoluto aut transfigurato extinguere usumfructum. Ornamentum transfiguratum est mutatum. Seneca, *Epist. 6.* *Intelligo, Lucili, non emendari me tantum, sed transfigurari*: id est, mutari. Idem *Epist. 94.* *Qui facienda & vitanda percipit, nondum sapiens est, nisi in ea quæ didicit, animus ejus transfiguratus est.* Recte igitur Ulpianus, dissoluto aut transfigurato ornamento, extinguere ejus usumfructum: scilicet, quia (ut Marcellus *l. 6. §. 1. D. de auro argento legato*) in sua specie non permansit, quodammodo extinctum est.

Ita: si res aliud acceperit nomen. quod si non sit, nec mutata res est; nec extinguatur ejus ususfructus. finge: quæ est species *l. 24. §. 2. D. Quibus modis ususfructus amittitur*, sublata ex meo fundo est summa terra, regesta alia: non idcirco desinit esse solum meum; non magis, quam stercoreto agro. Rursus finge: legatus est ususfructus insulæ: periit ejus portio, portione reliqua. quid dicemus? quod quæ est superest portio, insula vocatur: & ideo quamdiu remanet quælibet insulæ portio, tamdiu totius soli ususfructus remanet *l. 53. D. de usufructu*. Similiter legato fundi usufructu, si villa quæ sit fundi accessio, diruatur: nihilominus fundus appellatur: sicut si arbores quæ in fundo fuerint, deciderint: est adhuc fundus, et si spoliatus accessione arborum. neutro igitur casu finitur ususfructus fundi. imo si fundus fuit villæ accessio; ne hic quidem perit fundi ususfructus *l. 10. D. eod. tit.* manet enim & hoc casu fundus is cujus legatus est ususfructus. Quid, si relictus sit ususfructus arvi; & ibi positæ sint vineæ: (id est, vites; ut in *l. 3. C. de feriis, l. 13. D. de servitutibus rusticorum pradiorum*) vel contra? negat Ulpianus *l. 10. §. 4. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, extinguere usumfructum: aliter ac si silvæ usufructu legato, silva cæsa, illic sationes sint factæ. nam tum extinguere usumfructum putat, optime Isidorus *lib. xiv. Originum c. 13.* *Omnis ager, ut Varro docet, (extat is locus lib. 1. De re rustica c. 8.) quadrifarius dividitur. aut enim arvus est ager, id est, sationalis: aut confitus, id est, aptus arboribus: aut pascuus qui herbis tantum & animalibus vacat: aut florens, quod sunt horti apibus congruentes & floribus.* Quod etiam Virgilius in quatuor libris Georgicorum secutus est. Rura veteres incultos agros dicebant, id est, silvas & pascua, agrum vero qui colebatur.

Satis ostendi, usumfructum rei mutatione amitti. addendum est, ubi id dicimus, interire usumfructum non hujus aut illius partis, sed partium omnium. ut ecce: legatus est ususfructus ædium. ædes exultæ sunt, vel corruerunt: perit ususfructus non tantum ædium, sed & aræ & cementorum *l. 5. §. 2. D. Quibus modis ususfructus amittitur*. Simile in pecoris usufructu. nam si mortuum sit; expirat ususfructus: in tantum, ut neque carnis, neque corii debeat *l. pen. D.*

eod. tit. quid, si gregis sit ususfructus, & eo usque perveniat ovium numerus, ut grex non intelligatur? perit ususfructus *l. ult. D. eod. tit.* Quadrigarum quoque legato usufructu, si decesserit unus ex equis: ambigi potest, an desinat ususfructus? & putat Ulpianus interesse; utrum equorum, an quadrigæ usufructus sit relictus. nam si equorum; supererit in residuis: si quadrigæ; non remanebit: quoniam quadriga esse desiit *d. l. 10. §. ult.* Liquebit hoc, intellecto quadrigæ sono, ea Veteres non currum significant; et si plerumque habeatur quadriga, ut jungatur currui. sed quadriga est nomen numeri: indigitantis quatuor equos, etiam sine currui *l. 58. D. Pro socio, l. 34. §. ult. & l. 38. §. ult. D. de Edictio Edicto, & apud A. Gellium lib. 19. Noct. Attic. c. 8.*

Hoc quamquam certum & verum; tamen recipit difficultatem eo: quod plerumque quidquid in toto jus est, obtinet in ejus partibus *l. 7. D. de exceptione rei judicata*: quando in toto pars inest *l. 113. D. de regulis juris*. ita, qui dat usumfructum ædium aut fundi, is dat usumfructum totius domus, aut fundi & singularum partium ejus: ut suo probavi loco. alibi quoque observatur: ut mutata re, maneat ejus jus in partibus quæ supersunt. pone, obligatam pignori esse domum; eam periisse: adhuc aræ tenetur pignori, et si domus non sit, quod si domus restituatur; rursus aræ cedet domus, ac pignori erit *l. 16. §. 2. l. 29. §. 2. D. de pignoribus*. pone, legatum esse gregem; eumque ita deminutum esse: ut jam grex non sit: adhuc legato cedent oves superstites *l. 22. D. de legatis lib. 1.* Sed quid est? non nego, quod de toto dicitur, jus esse in parte. illud vertitur: an quæ superest pars, totius pars sit. hoc vero est facti: in quo interest inter proprietatem & usumfructum. nam si legetur ususfructus rei: non datur ususfructus rei qualis qualis sit. contra datur ususfructus rei quæ in specie est *l. 34. §. 2. D. de usufructu*. igitur si mutetur species: finitur ususfructus totius rei, & partium ejus, scilicet, quia ipsa res est alia, quam fuit, partes ejus sunt partes rei alterius, quam cujus datus est ususfructus. quin reliquæ partes, et si præbeant sui usum: tamen non præbent eum quem voluit testator. igitur non debetur usus qui legatus est: quia percipi nequit, re mutata. nec debetur qui percipi potest: quia non est legatus. hoc in usufructu. quid in proprietate? ea si legetur: non vult testator eam, qualis in specie est; sed qualis qualis sit, legatarii fieri. ita hanc ei non legat ad certum usum: sed ut de ea disponat tamquam dominus suo arbitrio: sive adhibeat eam ad usum verum; sive ad alium. proinde si duret res; & ipsa & ejus partes debentur. si mutata est; quamvis ipsa desierit esse: adhuc partes quæ supersunt, debentur. ut enim non præbeant priorem usum, tamen præbent alium: nec testator ad suum, sed ad legatarii, usum respexit: dans ei proprietatem: id est, jus pro arbitratu suo de re disponendi; sive talis maneat, sive alia fiat.

Cæterum ut amittitur ususfructus, mutata re fructuaria, ita restituitur, ea reversa ad priorem formam: modo id fiat intra tempus quo usufructus non utendo amittitur. sic Veteres respondisse, refert Marcellus *l. 71. D. de usufructu*, verbis sequentibus. *Si in aræ cujus usufructus alienus esset, quis edificasset intra tempus quo usufructus perit, superficies sublata restitui usumfructum, Veteres responderunt.* Sic Florentiæ interpungit Taurellius; & fere se-

re sequuntur ceteræ editiones. res postulat. Si in area cuius ususfructus alienus esset quis edificasset: intra tempus quo ususfructus perit, superficie sublata, restitui usumfructum, Veteres responderunt. Hoc modo interpunxisse videntur Græci, Basilic. lib. xvi. tit. 1. pag. 262. tom. 2, Fabroto interprete sic transferentes. Si in area in qua usumfructum habeo, alius edificavit, & edificium dissolutum sit intra tempus quo ususfructus non utendo perit, ususfructus mihi restituitur. Sensus: Si post usumfructum mutatione formæ rei fructuariæ extinctum, vetus ejus rei forma restauretur intra tempus quo non utendo perit ususfructus: definit causa sublata ususfructus, extante rursus forma rei cuius legatus est ususfructus. vult igitur ratio, usumfructum perinde deberi rursus; quasi interim magis cessasse, quam extinctus esse intelligatur. Sic: si rei forma restauretur intra tempus quo non utendo perit ususfructus. at post id tempus non restituitur ipso jure ususfructus: sed nova cessione opus habet. hoc in usufructu indicat Julianus l. 7. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur, & in prædii servitute Javolenus l. 14. D. Quemadmodum servitutes amittuntur. ita proprietarius, si quid fecit quo mutaretur res fructuaria, & interiret ususfructus, fructuario tenetur ad renovationem d. l. 14. Quæ actione? fac, quæ est species l. 18. §. 2. D. de dolo malo, incendisse insulam cuius legatus erat ususfructus. aliquis putet, dandam esse de dolo actionem. sed Ulpianus negat: quoniam, inquit, aliæ ex hoc oriuntur actiones. recte; nam exstis a domino ædibus, fructuario competit utilis legis Aquiliæ actio, & supervacua est de dolo actio, quamdiu alii locus est. quid, si in area positum sit ædificium? jam pretiosior, aut non deterior facta est area: nec potest ex lege Aquilia agi, nullo dato damno. quid ergo? ait Ulpianus l. 5. §. 3. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur, proprietarium hoc facientem, teneri ex testamento vel de dolo: illa, imposito ante traditionem ususfructus ædificio: hac postea; certo, quod non potest fructuarius ex testamento adversus heredem agere post traditum ex testamento usumfructum. nec magis potest fructuarius experiri actione confessoria, extincto rei mutatione usufructu: necessaria igitur est de dolo actio: ut ex Juliano ait Paulus l. 9. D. Si servitus vindicetur. Ait Pomponius l. 6. D. Quibus modis ususfructus amittitur, fructuario etiam competere interdictum, Quod vi aut clam. id vero si est: magis est, ut & hic cesset de dolo actio.

Restituitur igitur ususfructus, mutatione formæ rei fructuariæ amissus: modo eadem quæ fuit, deinde restauretur forma. quod imprudentibus sæpe videtur; cum non sit, ac maxime id contingit restauratione speciei novæ, & priori similis. quo casu difficile est: ut restituatur ususfructus: quia nova illa species, etsi pristinæ similis, non est ea cuius legatus fuit ususfructus: sed est alia cuius non fuit legatus ususfructus. finge: comperit mihi usufructus domus. hæc sit area, incidente ruina aut incendio: rursus domus. negat Paulus lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 34, restitui usumfructum domus. scio: aliud est, domo per partes resecta, & sic omni nova facta. sed refert: quod resecta, eadem manet domus, perseverante specie, ut ut mutatis omnibus ejus partibus l. 76. D. de judiciis. ceterum nova facta, utcumque similis, alia est, nescio, an huc eat illud Juvenalis, sat. 14. vers. 308.

- - - Dolia nudi

Non ardent Cynici: si fregeris altera fiet

Cras domus, atque eadem plumbo commissa manebit.

Ulpianus certe sic disputat l. 10. §. 1. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur. Verba Ulpiani. Non tantum, si ædes ad aream redactæ sint, ususfructus extinguatur, verum etiam, si demolitis ædibus, restator alias novas restituerit. plane, si per partes reficiat. licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum. Ulpianus, demolitis, inquit, ædibus: nec esse quod reprehendatur, optime notarunt jam Doctissimi Viri, Brissoni, Parerg. n. 30. pag. 679, & Dukerus ad Opusc. var. de Latinit. Vet. Juris. pag. 328. Sed hoc obiter. Ulpianus duos tractat calus. unus est de dirutis & restitutis ædibus. alter de resectis per partes. hic clarus. ille adjuvandus. pone igitur: Testator legat usumfructum ædium. is testator eis demolitis, mox alias reponit. an debetur ususfructus novarum ædium? negat Ulpianus; & recte: quia cedente ususfructus die, non sunt ædes quarum legatus est ususfructus. demolitæ enim sunt a testatore. at restituit demolitas. non ita est, inquit Ulpianus: alias novas restituit, harum vero ususfructus non est legatus. idem in nave Ulpianus; si dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restaurata sit d. l. 10. §. 7. In primis autem hoc jus est, nave aut domo dissoluta: hoc animo, ne restituatur; sed ut materia in alios usus convertatur. tum enim, etsi mutato consilio, rursus domum aut navem faciat testator, atque ex eadem materia; tamen priorem peremptam, sequentem aliam esse, omnes opinati sunt.

At quid, si non hoc animo dissoluta sit domus aut navis: sed uti restituatur? hic vereor ne in partes iverint Veteres. Ulpianus certe d. l. 10. §. 1. & 7. se adscribit Sabino: existimanti, adhuc extinctum esse usumfructum; neque eandem, sed aliam videri domum aut navem restitutam. idemque Africano sedet l. 36. D. de usufructu. An & Paulo? pæne hæreo, est enim mihi suspicio, illam humanitati dedisse in proposito: uti a stricto jure recederet; & domo dissoluta hoc animo, uti restituatur, interpretaretur, priorem quidem domum nondum intercidisse, sequentem vero non novam, sed eandem videri. idemque in nave esse: nam resoluta; hac mente, ut in alium usum destinarentur tabulæ, licet mutato consilio, reficiatur navis: priorem esse peremptam, & posteriorem intelligi aliam. ceterum non hoc animo, sed reficiendæ navis causa, re-fixis omnibus tabulis, navem nondum intercidisse; & rursus compositis, eandem quæ fuit, esse incipere. ita Paulus l. 83. §. 5. D. de verborum obligationibus, & l. 98. §. ult. D. de solutionibus, atque, ut mihi videtur, magis populari sensu, quam ex arte. quomodo & Tertullianus, De resurrectione carnis c. 60, Nisi forte, inquit, & navem sine carina, sine prora, sine puppi, sine compaginis totius incolumitate, salvam asseverabis. Et tamen navem procella dissipatam, vel carie dissolutam, redactis & recuratis omnibus membris, eandem sæpe conspeximus, etiam titulo restitutionis gloriantem. Sed ut ad Paulum revertar: ille l. 20. §. 2. D. de servitutibus prædiorum urbanorum hoc plus ex hujusmodi infert principiis ad tuitionem servitutis stillicidii, ædificio cui debeatur, sublato, ut eadem specie & qualitate restitueretur. verba Pauli talia sunt. Si sublatum sit ædificium ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie & qualitate reponatur: utilitas exigit, ut idem intelligatur. nam alio-

quin,

quin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur: Et ideo, sublato edificio ususfructus interit: quamvis area pars est edifici. Nolim, fastidiosum aliquem offendi verbo, interpretetur: quo passive utitur Paulus. nam id non fieri præter morem Veterum, ab aliis dudum observatum est. vid. D. Dukerum, pag. 334. Operis sæpius allegati. Paulus vult, si stillicidium debeatur edificio: idque tollatur, non hoc animo, ne sit: sed ut eadem specie & qualitate reponatur: stillicidium stricto jure perisse: quia desit edificium cui stillicidium debebatur; & quod restitutum est, aliud est; quamvis ea positum in area in qua prius fuerat. debebatur enim stillicidium non areae, licet area sit edifici pars & potissima, sed edificio; unde & dicitur in superficie consistere d. l. 20. pr. & si ususfructus sit edifici, idque tollatur, similiter subtili jure interit ususfructus, quamvis area quæ pars edifici est, ex eo superest: quia non fuit areae ususfructus, sed superficiæ, id est, edifici; & ideo quamvis area superest ex edificio, eo tamen sublato perit ususfructus. Hoc quidem inquit Paulus, si quid strictius interpretetur: sed addit, utilitatem, id est, æquitatem, exigere: ut idem intelligatur edificium quod sequente ponitur loco. nempe, quia non ideo sublatum est edificium, ut pereat servitus, sed ut melius edificium restituatur: licet igitur subtilitas velit, extinguere stillicidium, neque eo nomine competere directam actionem, quia re vera perit edificium cui stillicidium debebatur: tamen si pinguius, sive populari modo & sensu, res pro communi utilitate accipitur, adhuc debebitur stillicidium: quasi idem sit edificium; dabiturque eo nomine utilis in rem actio ex sententia Pauli l. 31. D. de servitutibus prædiorum urbanorum. & est observandum: (potest enim huc transferri nulla rationis offensione) quod idem Paulus l. 14. D. de exceptione rei judicæ, agens de exceptione rei judicæ, Idem, inquit, corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate, nulla adjectione diminutioneve facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur. Hoc igitur exemplo, puto, si testator legat ususfructum domus aut navis; eamque hoc animo dissolvat, ut meliorem restituat: vere dicemus, ex Pauli sententia deberi ususfructum restitutæ domus aut navis. scilicet, quia si quid strictius interpretetur, alia quidem est domus aut navis, quam cujus legatus est ususfructus: sed si rem pinguius æstimemus ex voluntate testatoris, suadente æquitate, adhuc est domus aut navis cujus legatus est ususfructus. Forte durior tibi videbitur hæc nostra Pauli interpretatio: quin dices, aliam esse rationem ususfructus, aliam stillicidii; eamque differentiam a Paulo notari d. l. 20. §. 2. D. de servitutibus prædiorum urbanorum. Sed male. non hoc agit Paulus. tantum vult, quod dixi, stillicidium non in solo consistere, sed in superficie, exemplo ususfructus. non opus argumentis. manifesta Pauli sententia vel eo: quod, puto, ex Sabini sententia Ulpiano placet l. 10. §. 8. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur, quæ est ex lib. xvii. Ad Sabinum legato quadrigæ ususfructu, si decesserit unus ex quatuor equis, ususfructum extinguere, & ne in residuis quidem remanere: quoniam quadriga esse desit. sed Paulus l. 11. D. eod. tit. quæ est ex lib. 3. Ad Sabinum; benigne interpretatur, Nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit. Quæ ratione? nisi quia convenit voluntati testatoris, equi substitutione reparantis quadrigam unius morte sublatam: ut cedente ususfructus die, rur-

sus eadem videatur quadriga quæ ante fuit: licet rem strictius interpretantibus, sit alia. quod & in proprietate probat Papinianus l. 65. §. 1. D. de legatis lib. 2. Igitur sic accipiamus Paulum d. l. 20. §. 2: quasi non distinguat servitutem urbani prædii ab usufructu; (quod videtur facere prima facie) sed quasi in utroque genere idem jus constituat. Subrides, fat video: quia arbitraris, non satis commodam meæ interpretationi esse Pauli locutionem, collectionemque hanc d. l. 20. §. 2. Si sublato sit edificium ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie & qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur: nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur. Et ideo sublato edificio ususfructus interit: quamvis area pars est edifici. Sed non est, quod te moretur hæc differendi forma. est ea non inusitata Veteribus Jurisconsultis; similis certe huic ejusdem Pauli l. 2. §. 16. D. Pro emptore. Si a furioso, quem putem sanamentis, emero: constituit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio. Et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. Paulus per similitudinem utitur forma collectionis locutionisque illi, quam ex ipso posui. Hoc eo diligentius observari suadeam: ne quis minus assuetus lectioni Veterum, temere capter hujusmodi locutiones breves atque obscuras. Cæterum si fuit ea quam dixi, Pauli sententia: non fuit omnium communis. Ulpiano certe non placuit d. l. 10. §. 7. D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur. & est valde notandum: quod is proposita Sabini sententia, deinde ait, Quam sententiam puto veriorē: significans, esse & aliam sententiam sibi minus probabilem & veram. quo modo l. 11. §. 3. D. Ad legem Aquiliam, Quod, inquit, Et Marcello videtur, Et est probabilius: volens, id esse probabilius, quam quod visum Juliano l. 51. D. eod. tit.

Ita: si restitutione res fiat nova & diversa ab ea quæ fuit; etsi maxime ei similis sit. quid, si non fiat nova, sed maneat ea quæ fuit; verius est, restituta veteri specie, ejus ususfructum restitui: perinde ac si non tam extinctus fuerit ususfructus, quam interim cessaverit: ut supra dixi. Ne exemplo researeat: ponamus ususfructum areae; in ea area positam esse superficiem: hanc ruisse, vel destitutam esse. quid juris? nempe, sublata superficie, restituitur areae ususfructus sicut imposita superficie tollitur; quia restituta area, non est nova area, sed ea cujus ususfructus ab initio erat constitutus. atque ita Marcellus l. 71. D. de usufructu, verbis paulo ante allatis, & Africanus l. 36. D. eod. tit.

Idem censet Pomponius in agro a mari aut flumine inundato, & rursus deinde relicto, l. 23. D. Quibus modis ususfructus amittitur. nam ususfructum inundatione amitti: sicut eo casu amittitur proprietas: sed si aqua eodem discessit impetu quo venit, restitui proprietatem; eoque exemplo etiam ususfructum restitui. scilicet, quia inundatus ad tempus ager, nec interim alveus factus, mansit ager qui fuit; neque mutavit speciem, non mutato nomine. verba Pomponij, si quis desideret, talia sunt. Si ager, cujus ususfructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur ususfructus cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur. ac ne piscando quidem retinere poterimus ususfructum. sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita & ususfructum restituendum, dicendum est. Sic illo loco Pomponius

ponius. nec aliter (ita mihi persuadeo) in l. 30. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio, his verbis. *Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. itaque si ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset, (sive paulatim occupatus est, sive non paulatim) sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominium pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus; ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.* Sic Pomponius; & convenienter sibi: dum hic expungas verba sive paulatim, sive non paulatim: quæ, mea sententia, sunt Interpretis: existimantis, a Pomponio æque de alluvione, ac de inundatione disputari: eo quod videret, ab eo prius fieri mentionem *alluvionis*, & mox *inundationis fluminis*. plane inconsiderate. nam Pomponius *alluvionem* non accepit pro latente fluminis incremento; quo modo plerumque usurpatur: sed, ut in l. 14. D. *Quemadmodum servitutes amittuntur*, pro recessu fluminis, & quidem subito: cujus etiam mentio fit insequentibus d. §. 3. verbis. sed hoc ostendit totius tenor loci connexioque. evincit certe, Pomponii sermonem non esse de alveo lente mutato per alluvionem: sed de temporali inundatione qua non sit factus novus alveus. an alio spectat, quod ait, agrum *impetu fluminis* esse ablatum: item, esse *inundatione fluminis* occupatum: & rursus, agrum *eodem impetu* recessu fluminis restitutum: id est, pari impetu quo fuerat inundatus? postremo ait Pomponius, hunc fundum manere privatum ejus, cujus ante fuit; & addit rationem, eamque duplicem: una est, quod hic ager non fuit in alveum conversus; altera est quod is fuisset publicus, si esset alveus fluminis factus. Sed certa hæc, opinor, & vera, parique omnino forma Javolenus l. 14. D. *Quemadmodum servitutes amittuntur*, Si, inquit, locus per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset: & intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, *alluvione facta* (id est, recessu fluminis: ut in d. §. 3. l. 30.) *restitutus est*: servitus quoque in pristinum statum restituitur. Unde apparet, verba illa, *sive paulatim occupatus est, sive non paulatim*, ut dixi, in d. §. 3. l. 30. non deberi Pomponio: ideoque vel expungenda esse, vel in marginem remittenda.

Hoc: si ager magis sit inundatus, quam in alveum conversus. quid, si flumen, alveo mutato, inde manare cæperit? contra placet Javoleno, usufructum ita amitti: ut ne recedente quidem aqua restitatur: puto, quia is locus alveus factus alluvione, desit esse ager qui fuit: & deinde a flumine detectus, non est ager is qui fuit, sed novus atque a vetere plane diversus. & ideo postquam alveus publicus esse cæperit, neque in pristinum statum restitui potest aut prior dominus, aut fructuarius. verba Javoleni ex l. 24. D. *Quibus modis ususfructus vel usus amittitur* hæc sunt. *Cum ususfructum horti haberem, flumen hortum occupavit. deinde ab eo recessit. jus quoque ususfructus restitutum esse, Labeoni videtur: quoniam id solum perpetuo ejusdem juris mansisset. Sed id ita verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit. nam si alveo mutato, inde manare cæperit, amitti usufructum existimo: cum is locus alvei publicus esse cæperit, nec in pristinum statum restitui possit. idem juris in itinere etiam actusque custodiendum esse, ait Labeo. de quibus rebus ego idem quod in usufructu sentio.* Hoc Javolenus. Idem visum Gajo l. 7.

Noodt Operum Tomus I.

§. 5. & 6. D. de acquirendo rerum dominio: verba Gaji, quo clariorem acciperent intellectum, (obscurissima enim sunt) subjeci: sunt autem talia. *Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cæperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii quæ (latitudo) prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen, id est, publicus juris gentium.* *Quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit (&) flumen: rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.* † *Cujus tamen totum agrum novus alveus occupaverit: licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen; non tamen is, cujus is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest: quia & ille ager qui fuerat, desit esse amissa propria forma; & quia vicinum prædium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere. sed vix est, ut id obtineat §. 6.* *Aliud sane est, si cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat: & ob id cum recesserit aqua, palam est ejusdem esse cujus & fuit.* Hactenus Gajus: & pulchre ac commode: nisi molesta essent verba, *Stricta ratione*, item, *Sed vix est, ut hæc obtineant.* Moverunt hæc Interpretes haud sane ignobiles; ut existimarent, æquitatem in proposita specie recedere a stricto jure; aliudque usui, aliud subtilitati, convenire. Male. primum quantum attinet ad verba, *stricta ratione*: ea non significant rationem vanæ subtilitatis quam damnet utilitas atque usus juris: sed eam quæ cum publica utilitate atque usu juris consentiat. eam rationem Justinianus appellat *jus strictum*: eique opponit *molestem animum* l. ultim. C. de compensationibus: id est, ut ego interpretor, animum non viriliter, neque ex vero, sed solutius, quam par sit, sequentem vim humanitatis. Modestinus l. 19. D. de appellationibus talem strictam rationem indigitat *rigorem juris*; addens, sententiam expressim contra eum latam sine appellatione rescindi. Eodem sensu Ulpianus in Fragment. tit. 25. §. 1. ait, *Fideicommissum esse quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris Civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Sed apparet, ubi sit mentio stricti juris, aut strictæ rationis, aut rigoris juris: non significari statim rationem, vana subtilitate subnixam, atque ut iniquam duramve æquitatem mutandam. nec tamen negem, strictam rationem, etsi publica utilitate receptam, majore subnascente utilitate, aliquando infringi aut laxari una aut altera in specie, manente in cæteris rigore juris. id accidit in l. 43. D. de religiosis, & §. 10. Inst. de mandato. sed in d. l. 7. §. 5. nihil tale est apud Gajum. imo complura ei resistunt, primum utilitas servandæ ripæ adversus vim fluminis quam in l. 1. §. 1. D. de ripa munenda commendat Ulpianus. accedit, quod Veterum Fragmenta quæ hac de re extant in Pandectis, eam strictam rationem, id est, eam regulam, in proposita specie minime improbant. quin eam palam tuentur. Non est quod dubitemus: manifesta res ex Javoleno d. l. 24. & Ulpiano l. 1. §. 7. & §. 9. D. de fluminibus. Ita prorsus teneamus, quod hinc sequitur, neque hæc Gaji verba, *sed vix est, ut id obtineat*, in d. l. 7. §. 5. eo pertinere: ut corrigant quam dixi, regulam sive strictam rationem, quasi humanitati aut usui minus consentaneam; contrarium enim verum est. ac jam mihi per-

Mm

sua-

suadeo, huc redire Gaji verba; ut illam strictam tantum intra subjectam coëerceant speciem: sensusque ejus sit, Vix esse, ut id obtineat semper, agro a flumine occupato: fallere enim, si tantum inundatus proponatur ager, non etiam mutatus, neque in alveum conversus. ita, mutata per alluvionem agri forma, non manere agrum privatum ejus cuius fuit, sed fieri alveum publicum jure gentium, id est, nullius; relictumque a flumine, numquam reverti ad priorem dominum: non enim posse eum adhuc suum dicere agrum qui est alveus factus; & a flumine relictus, cœpit esse pars vicini fundi. at non idem esse, si tantum ad tempus inundatus fingatur ager; non etiam sublatus, atque in alveum conversus: tum enim quia manet ager idem qui fuit, fluminis recessu ad eum cuius fuit reverti: non subsequuta causa, cur non ejus esse intelligeretur. Hæc mea sententia est, atque ipsa convenit certo & constanti Veterum usui de quo dixi; nec minus Gaji verbis: si præsertim animum advertamus ad connexionem §. 5. & 6. d. l. 7: in quibus Gajus ita,

ut a me factum, distinguit inter agrum ad tempus inundatum, & agrum in alveum lenta alluvione conversum. utique ubi in fine d. §. 5. dixit, *Vix esse, ut id obtineat*; mox subjicit §. 6, *Aliud sane esse; si &c.* Ne hoc quidem dissimulabo: quod Imp. Justinianus ex d. §. 5. & 6. d. l. 7. pleraque transtulit in §. 23. & 24. *Inst. de rerum divisione*: sed in his omisit verba, *stricta ratione*, item, *sed vix est, ut id obtineat*; non alio, opinor, consilio, quam quod ei viderentur, ut sunt, supervacua; & facile imprudentiorem aliquem specie æquitatis distinguendæ a stricta ratione moratura, contra suam & Gaji mentem: atque ad eundem quoque modum Ulpianus l. 1. §. 7. & 9. *D. de fluminibus* (conjungendus enim est uterque locus: sicut olim cohæsit) scribit, *Ille etiam alveus quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit: tunc enim non sit publicum, quod aqua opertum est.*

CAPUT XII.

Interesse in amittendo usufructu: utrum dies ejus cesserit, an non. quid, si repetitus a testatore sit usufructus? quo modo fiat ejus repetitio? & quid, si usufructus tollatur fructuarii morte, aut mutatione rei fructuaria?

Habes modos quibus Paulus lib. 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31. & 36. ait, usufructum finiri vel amitti. adhuc quæris, quid velit Ulpianus l. 1. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*, his verbis. *Non solum usufructum amitti capitis minutione constat, sed & actionem de usufructu.* puto autem, huc vertit, usufructum capitis minutione amitti, postquam cessit ejus dies: nullo discrimine, utrum traditione sit constitutus, & jam usufructus appelletur; an non sit traditus: nam hoc casu ut nondum sit usufructus, nihilominus esse debitum, nata ex quo dies cessit, obligatione & actione l. unic. §. 4. *D. Quando dies legati usufructus cedat.* Amittitur igitur capitis deminutione usufructus & actio de usufructu: si cessit ejus dies. cæterum, si ante aditam hereditatem, aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti d. l. 1. §. 1. quia pure legati usufructus dies ante aditam hereditatem non cedit. idem & si ex die sit usufructus relictus l. 2. *D. Quando dies legatorum.* adeo si in singulos annos vel menses vel dies sit legatus: amittitur is demum qui jam processit: & si in annos singulos sit legatus, illius dumtaxat anni usufructus: & si in menses, ejus mensis: si in dies, ejus diei d. l. 1. §. 3. videlicet, quia plura sunt legata, & temporum commemoratio habet repetitionis potestatem, ita cum unius diei aut unius mensis, aut unius anni cessit dies; non utique sequentium quoque dierum, mensium, annorumve dies cessit, amittiturque usufructus l. 2. §. 1. *D. eod. tit.* Idem est, si non utatur fructuarius: nam si usufructus alternis annis legitur: non posse eum non utendo amitti, quia plura legata sunt, Paulus refert l. 28. *D. eod. tit.* Puteamus igitur, si cessit dies legati usufructus, eum capitis deminutione aut inusu fructuarii amitti: sive sit constitutus, sive non sit: quia tum ut nondum sit usufructus, at debitus est, deque eo nata obligatio & actio. quod si non cessit dies legati usufructus:

neque ipsum, neque de eo actionem capitis deminutione aut inusu fructuarii amitti. quid enim est quod habuit l. 26. *D. de usu & usufructu legato*? quid quod imputetur non utenti? qui ne si velit quidem, uti potest, priusquam cedat dies legati usufructus l. unic. §. 1. *D. Quando legati usufructus cedat.* Hoc: si sit quæstio de capitis deminutione aut inusu fructuarii. At si de ejus morte agatur: est distinctius agendum. nam si moriatur fructuarius, postquam cessit dies; & morte amittitur usufructus: si ante moriatur, ad heredem non transfertur ejus petitio l. 2. l. 3. *D. Quando dies legatorum cedat.* ita proprie loquentibus, non potest amissus finitusve intelligi usufructus qui numquam fuit. cæterum quia periit ejus spes: potest non improprie amissus finitusve videri: non extante qui cedente die fruatur. Inde quæsitum fuit, apud Paulum l. 26. *D. de usu & usufructu legato*, cum Sempronius Atralus ab herede suo fundum in Italiam Gajo post decennium, deducto usufructu, dari jussisset, & medio hoc decennii spatio, heres esset vita functus: an post tempus decennii, plenus fundus ad legatarium pertineat? negat autem Paulus, pertinere: juris subtilitatem quam explicui, considerantibus. quem enim heredem dicit testator? certo, quod heredis appellatione non modo scriptum, sed ejus heredem quoque exaudimus. hunc porro in præsentem speciem intellexisse testator videri possit: quia is demum post decennium apparet heres: & qui legatus est usufructus, non est heredis: nisi cum dominium, deducto usufructu, præstitit. & ideo capitis deminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit. idem evenit, inquit Paulus; si proprietas, deducto usufructu, sub conditione legata sit, & pendente conditione

tione heres decesserit. nam & tunc ab heredis herede incipit usufructus, qui ex ejus persona finietur. Sic Paulus, rem his casibus, (id est, utroque hoc casu) mera æstimans Juris subtilitate, & ut dixi, heredis appellatione etiam heredis heredem completens. cæterum in utroque illo casu si magis æquitatem sequamur, quam juris subtilitatem; ait Paulus, non tam quæri oportere, quid alias heredis appellatione possit comprehendere: quam quid eo verbo complexus in proposito sit testator. eum vero non cogitasse heredis heredem qui ei erat incognitus, potius voluisse, eum quem sua dignum judicavit hereditate, etiam legato usufructus honorare. atque ita est, inquit Paulus: testator tantum sensit de detrahendo usufructu eo qui conjunctus ab eo esset personæ scripti heredis. quo extincto, jussit ad legatarium solidam proprietatem pertinere: nec plus transmitti ad heredem scripti heredis qui nondum cœpit habere usufructum, quam si eum jam habere cœpisset. Sed de capitis minutione, inusu, & morte fructuarii satis. nisi addendum, quod de morte dictum, etiam jus esse, ædibus fructuariis, vivo testatore, dirutis. nam ea mutatione perit vel futurus usufructus; atque ita: ut ne possit quidem a fructuario peti, restitutis a testatore ædibus: ut dictum supra ex l. 10. §. 1. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*, § l. 36. *D. de usufructu*. At qui ante cedentem legari diem non est usufructus, licet futurus speretur, cedente die. Sit ita: at non obstat ratio, quo minus vel ille extinctus esse intelligatur. ut enim usufructus tollitur fructuarii morte: quia cedente die, non erit qui fruatur: sic spes futuri usufructus exstinguitur mutatione rei fructuariæ: quia cedente die, non erit res cujus legatus sit usufructus: & ejus quæ erit, non est legatus.

Cæterum ut capitis minutione aut inusu non amittitur usufructus, antequam cessit ejus dies: ita his non amittitur a testatore repetitus l. 5. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*: quia videtur fructuarius illo casu & amisisse & resumpsisse usufructum l. 3. §. 2. *D. eod. tit.* Dicitur autem repeti usufructus: cum testator ei cui legavit usufructum, eum relegat sub conditione, Si amissus erit d. l. 3. pr. idque fieri intelligitur: non modo si repetitionem palam indigiter verbis: sed etiam si id faciat tacite. Palam a testatore sit repetitio; cum legat usufructum sub conditione, Si a-

missus erit: sive nominatim dicat, Quoties amissus erit; vel cum amissus erit d. l. 3. Tacite sit repetitio; cum alicui legatur usufructus, quamdiu vivet; aut ad tempus, puta biennium; aut si alicui relictus sit usufructus in annos singulos, aut menses aut dies. nam hic quoque dicendum est, temporum commemorationem repetitionis potestatem habere l. 2. §. 1. *D. eod. tit.* quia ejusmodi legatum, ut plura legata, habetur, & ejus legati dies cedit per singula tempora l. 1. *D. Quando dies legatorum cedit.*

Igitur dupliciter fit repetitio: palam vel tacite. hæc prius recepta. illa posterius: forte, quod repetitione usufructus, capitis deminutione aut qua alia ratione extincti, credebatur fraus fieri juri publico, usufructum certis modis exstinguenti, & ad proprietatem remittenti. Obtinuit tamen ejus repetitio sub hoc schemate: quasi is qui fuit, non sequens, exstinguatur; denique quasi fructuarius eodem momento veterem amittat & novum relumat d. l. 3. §. 2. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*. sed ut prius, sic facilius, tacita invaluit repetitio: utpote cum relegatus esset usufructus in annos singulos: eo quod expressa nocent; non expressa non nocent. recepta tamen tacita illa repetitione, deinde probata quoque videtur manifesta d. l. 3. auctore in primis Antonino. Notavit id Junius Mauritanus l. 23. *D. de usufructu legato*; si recte concipiantur ejus verba. Florentiæ editur. *Licet testatori repetere legatum usufructus, ut etiam post capitis deminutionem deberetur: & hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum rescripsit, tunc tantum esse huic Constitutioni locum, cum in annos singulos relegaretur.* Apud Haloandrum & Russardum est, *tunc tamen.* Sed restituendum, *nec tantum*: quod verissime observavit V. CL. Jacobus Cujacius, lib. 14. *Observ. c. 17.*

Igitur repeti potest amissus usufructus, & (ut Ulpianus ait l. 5. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*) qualicumque ratione amissus: dummodo non morte. recte: nam morte finitus, etsi repetitus, clara ratione non debetur fructuario, quia non existit: neque ejus heredibus, quia his non est legatus. Si tamen testator usufructum, post fructuarii mortem, legaverit ejus heredi: adhuc putat Ulpianus, usufructum in persona heredis consistere; evidente testatoris voluntate.

CAPUT XIII.

Non videri alios esse modos exstinguendi jure Civili usufructus, præter enumeratos a Paulo lib. 3. Sentent. tit. 8.

§. 31. & 36.

Exposui modos quibus Paulus lib. 3. *Sentent. tit. 8. §. 31. & 36.* ait, usufructum amitti vel finiri. nec memini, alios tradi a Veteribus. putemus igitur, modos a Paulo enumeratos, esse certos illos: quibus, auctore Gajo l. 3. §. 2. *D. de usufructu*, placuit usufructum exstingui & ad proprietatem reverti. ita vix opus esset, hic moneri, nisi Gajus vel id suæ esse diligentiae voluisset l. 19. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*, *Neque usufructum, neque iter, actumve domini mutatione amitti.* primum convenit definitio-

Noode Operum Tomus I.

ni Gaji, quod sive moriatur, sive capite minuat proprietas, ejus morte aut capitis deminutione, etsi contingat domini mutatione, non tollitur usufructus: quod & Antoninus rescripsit Antoniano l. 3. §. 1. *C. de usufructu*. deinde consequens est Gaji sententiæ; ne amittatur usufructus; si proprietatem alienet dominus. nam usufructus quia est jus in re fructuaria, eam sequitur; sive hujus sit, sive illius. utique, si rem fructuariam dominus volens alienet: eo quod non est æquum bonum, ut is facto suo deter-

M m 2

riorem

riorem faciat fructuarii conditionem, sed quid, si inuitus alienet proprietatem, verbi gratia, noxæ deditio: nolens, sarcire servi noxiam? nec sic amittitur ususfructus: ut nec usucapione proprietatis, post constitutum usumfructum contingente *l. 17. §. 2. D. de usufructu*. nimirum quia ususfructus nulla domini societate conjungitur: non magis, quam pignus *l. 44. §. 5. D. de usurpationibus & usucapionibus*. plane etsi noxæ deditio a domino proprietatis facta, non tollatur ususfructus: tamen tenetur dominus, cum servum noxæ dat, non tantum proprietatem dedere, sed usumfructum quoque. & ideo placet, eum posse impetrare a Prætoribus; uti cogat fructuarius aut ad litis æstimationem

nem conferre pro æstimatione ususfructus; aut usumfructum cedere, si hoc expediat. vicissim si ego dominus proprietatis nolim eum servum defendere; etiam permittenda tibi defensio est; & si damnatus hominem trades, & adversus me tueris *l. 17. §. 1. D. de noxalibus actionibus*. His etiam consequens est; ut si solus condemnatus fuerit proprietarius; non deneganda sit fructuario ususfructus persecutio: utique, si offerat litis æstimationem ei qui servum noxæ accepit; sed si eam non offerat; etiam debet ei negari ususfructus persecutio *d. l. 17. §. 2. D. de usufructu*.

* * *

CAPUT XIV.

De remediis ad tuendum usumfructum proditis. & primum de actione confessoria, distincta a negatoria.

Tempus est: ut cogitemus de remediis ad tuendum usumfructum comparatis. nam de his quoque pauca tradere promisi. prima cura erit de actione quæ pro vindicando usufructu comparatur. illa est confessoria, distincta a negatoria: auctore Ulpiano *l. 5. §. ult. D. Si usufructus petetur, & l. 2. D. Si servitus vindicetur*: quas leges, cum ambæ sint ex Ulpiani *lib. 17. Ad Edictum*, confert Jacobus Labitius *Ususecundo Indicis n. 26*, posterioremque ex priore pendere, satis probabiliter existimat. Actio confessoria dicitur a confitendo. confiteri est, affirmare: ut commode annotavit Scipio Gentilis, Notis ad Apuleji *Apologiam n. 716. pag. 355*. Confessoria igitur actione petitur ususfructus, siue sit totius rei constitutus, siue partis *d. l. 5. §. 2.* est vero confessoria in rem actio; eaque intendit quis, esse sibi jus fundo forte vel ædibus utendi fruendi *§. 2. Inst. de actionibus*. hoc vero potest intendere solus qui habet usumfructum a proprietate separatum, nam si proprietatem comitatur ususfructus: magis dominium, quam ususfructus vocatur. ita confessoria non agit dominus: si ejus fundo alius, eo invito, utatur fruatur: aut si ipse ab alio prohibeatur fundo suo uti frui. contra agit dominus actione negatoria; eaque dicit, non esse alii jus, se invito, sua re utendi; vel sibi jus esse prohibendi *d. l. 5.* ut paulo post dicitur. Datur igitur confessoria ei qui potest dicere, sibi jus esse, re fructuaria uti frui, id autem ut possit dicere, non sufficit, eum probare, sibi promissum esse usumfructum, id est, eum sibi deberi aliqua obligatione. nam obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut aliquam servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum *l. 3. D. de obligationibus & actionibus*. igitur hoc plus probare eum oportet, sibi a domino constitutum esse usumfructum modis iis quibus eum constitui, in superioribus docui. Quid, si hoc potuit intendere; nunc non potest amisso usufructu inusu? non datur ei confessoria actio: quia jam non potest dicere, suum esse usumfructum: licet aliquando potuerit *l. 3. D. Si usufructus petetur*.

Intelligis cui detur actio confessoria. expectas, adversus quem detur. & ait Ulpianus, Julianum scribere, dari adversus rei fructuariæ possessorem:

non modo dominum qui constituit usumfructum: sed etiam adversus quemvis alium *d. l. 5. §. 1. & recte*: cum enim ususfructus sit jus in re, ex quo nascatur confessoria in rem actio; rationis est, ad quemcumque devenerit res fructuaria, eam sequi confessoriam ad vindicationem ususfructus, hoc est, juris ea in re, competentem. Ulpianus *d. l. 5. §. 1.* id firmat sequente argumento: *Nam & si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*. Sensus ejus argumenti est, Si vicinus fundus serviat fundo fructuario, & fructuarius a domino servientis fundi prohibeatur uti frui servitute fundi fructuarii, posse fructuarium, licet non sit dominus fructuarii fundi, eoque nequeat vindicare servitutem ejus fundi: tamen posse adversus servientis fundi dominum vindicare, suum esse usumfructum dominantis fundi. quod verissimum est: nam servitus fundo fructuario debita est ejus fundi jus, siue qualitas: atque ut fructuarius habet usumfructum fundi fructuarii, sic habet usumfructum jurium siue qualitatum fundi. habet igitur usumfructum servitutis fundo fructuario debitæ: ac si a domino fundi servientis prohibeatur uti frui servitute: non quidem vindicat, servitutem esse fundi sui; quia fundus cui servitus debetur, non est ejus: sed usumfructum fundi cujus portione usus servitutis censetur, suum esse, optimo jure vindicat. ut igitur dixi, datur ei qui potest dicere, usumfructum rei suum esse, actio confessoria adversus quemvis possessorem rei fructuariæ: siue sit ejus dominus, siue quivis alius. quomodo rei corporalis vindicatio datur ei qui potest eam rem suam dicere, adversus quemcumque ejus possessorem sine discrimine.

Illud proprium est actionis qua res incorporalis vindicatur: ut detur etiam possessori adversus eum qui non possidet *d. l. 5. §. ult. & l. 6. §. 1. D. Si servitus vindicetur*. nam, ut diligentissime disputat D. Vinnius *ad §. 2. Inst. de actionibus*, corporalium rerum vindicatio numquam possessori datur adversus eum qui non possidet *l. 1. §. 6. D. Uti possidetis*: eo quod dominus, quamdiu rem corporalem possi-

possidet, ea libere uti potest: estque finis in rem actionis: ut domino restituatur possessio *l. 9. D. de rei vindicatione*, & is re sua libere utatur, non est igitur domino rem suam corporalem possidenti prodita in rem actio. at in ususfructus cæterarumque servitutum petitione aliter est. sunt enim incorporales: quarum nulla est vera possessio, cum nulla sit detentio: tantum fingitur earum quasi possessio ex usu dominantis & patientia servientis *l. 3. D. de usufructu*, *l. 11. §. 1. D. de Publiciana in rem actione* *l. 1. §. ultim. D. de servitutibus rusticorum pradiorum*. quamdiu autem in ea patientia perseverat servitutis debitor, possidet illam cui debetur. si non perseverat: turbatur alterius usus & quasi possessio; recteque agit actione confessoria: ut ei liceat sua servitute libere uti. credidit aliquando Eguinarius Baro, hoc agi ab Imp. Justiniano in *§. 2. Instit. de actionibus*; eaque causa non timuit, pro *Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*, quomodo passim editur, reponere, *Sane hoc uno casu*. probabili emendatione, non necessaria: Justiniani verba ex sententia Jacobi Cujacii *Notis ad d. §. 2.* & Hannibalis Fabroti *Notis ad Theophilum*, prudenter accipientibus; quasi dixisset, unum hunc venire casum & notabilem quo qui possideat, nihilominus actoris partes obtinet. bene quoque, observat D. Cujacius, sequentia Imperatoris verba, *Sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit*, non generaliter indigitare Digestorum libros: sed Titulos qui in Digestis sunt, *Si usufructus petetur, & si servitus vindicetur*.

Nunc de officio Judicis in hac actione videamus; cum autem arbitraria sit hæc actio ad restituendum comparata; oportet Judicem cognoscere; an sibi probatum sit, usumfructum esse petitoris. quod si non putet: debet reum absolvere. si putet: declarat, eum petitoris videri *l. 8. §. 4. D. si servitus vindicetur*. præterea jubet, rem fructuariam a reo, si possideat, petitori restitui *l. 5. §. 3. §. ult. D. si usufructus petetur*: si non possideat, sed vim faciat possidenti; jubet, eum a vi abstinere, & petitori relinquere licentiam secure utendi fruendi re fructuaria *l. pen. §. ult. D. eod. tit.* nec minus ejus servitutibus: quia si patiatur, eum re fructuaria uti frui; & nolit, eum uti frui ejus servitutibus: perinde est, ac si non patiatur, re fructuaria uti frui, quem non patitur re fructuaria cum suis qualitatibus & juribus uti frui *l. 1. pr. D. eod. tit.* Idem est dicendum de cæteris adminiculis sine quibus re fructuaria uti frui omnino nequeat *d. l. 1. §. 1. & seqq.* Jubet igitur Judex, fructuario restitui usumfructum, etiam servitutes & adminicula. Huic vero jussui si pareat reus; absolvitur: si non pareat; tum si quidem fecerit dolo malo, quo minus possit, tanti condemnatur, quanti in litem juraverit fructuarius. quod si non dolo fecerit, sed culpa; non pluri, quam quanti res est, condemnatio fit. quod si defierit possidere sine dolo & culpa; absolvendus est *l. 6. D. de rei vindicatione*. At enim Paulus *l. ultim. D. si usufructus petetur*, *Qui*, inquit, *de usufructu judicium accepit, si defierit possidere sine dolo, absolvetur*. Sed id sic accipiendum; quasi dicat Paulus, reum, si defierit possidere sine dolo malo, absolvi: nisi arguatur aliqua ejus culpa. nam hoc convenit æquitati Judicis, jubentis restitui; & in corporalis rei vindicatione quam hac in parte imitatur confessoria, idem sic scribit Paulus *l. 27. §. 1.*

Nocti Operum Tomus I.

D. de rei vindicatione: Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur, sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Et tamen ait Ulpianus *l. 15. §. 3. D. eod. tit.* teneri possessorem non modo si possessionem amisit dolo malo; sed etiam si culpa. Fere mihi exciderat, quod Ulpianus *d. l. 5. §. 3. D. si usufructus petetur* sic scribit. *In his autem actionibus quæ de usufructu aguntur, etiam fructus veniunt*. Locutione minime inepta: ut pridem bene observavit Vir doctissimus, Carolus Andreas Dukerus, *Animadvers. ad Opusc. de Latin. Jurisc. Veter. pag. 331*. Igitur age, addamus; quod Judex jubens, usumfructum restitui, etiam de fructibus addere debet: eo quod Prætor volens restitutionem fieri Judicis arbitrio, plenam intelligit restitutionem: id est, restitutionem non solius ususfructus, sed omnis præterea causæ *d. l. 5. §. 4.* & redditur ratio; quod quale est, cum petitur, tale dari debet *l. 2. l. 3. §. 1. D. de usuris*: & convenit arbitrio viri boni quod Prætor Judici commendat; ne mora litis fiat, ne omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, res sua illi restituta fuisset *l. 20. l. 35. §. 1. D. de rei vindicatione*. Oportet igitur, ut res petitori restituatur, etiam fructus restitui: in primis si rem non possideat. alioquin nihil consequitur fructuum nomine *d. l. 5. §. 6.* quia aut percepit fructus, & nihil est quod petat: aut non percepit, cum posset percipere; & habet quod sibi, non quod adversario imputet. quod si finitus sit ususfructus post litem de usufructu contestatam: desinunt ulterius deberi fructus. nam & si mortuus fuerit fructuarius: danda heredi ejus dumtaxat actio præteritorum fructuum *d. l. 5. §. 4.*

Jubet igitur Judex, usumfructum petitori restitui, quid, si tempore sit amissus, alio possidente, alio se liti offerente? renovandus est: quia oportet eum restitui, non simpliciter; sed ea in causa in qua fuit tempore litis contestatæ: quo tempore nondum erat amissus. nec tamen sufficit, a reo renovari usumfructum. quid enim, si servum aut fundum is qui possidebat, pignori dederit, & fructuarius jure uti prohibeatur ab eo qui pignori acceperit? amplius igitur oportet reum cavere de evictione *d. l. 6. §. 5.*

Sed ut fructuarius habet actionem confessoriam qua petit, suum esse usumfructum: ita competit domino proprietatis actio negatoria qua negat, esse adversario jus, se invito, re sua utendi fruendi *d. l. 3* is vero agendi modus in rebus corporalibus non est proditus: quia, ut optime observat Theophilus, oportet unumquemque cum alio acturum, magis suo jure, quam alieno vitio niti. debet igitur in rei corporalis vindicatione actor dicere: Illum fundum meum esse, ajo. non sufficit, si dicat: Nego, illum esse possessoris. nam si ita agat: ei reponet possessor: Fundus hic meus est; & si non est meus, non idcirco est tuus: porro si neque meus, neque tuus est: tamen te vinco: quia in pari causa potior est conditio possidentis, quam ejus qui non possidet. Sic in re corporali. aliud in usufructu & cæteris servitutibus. nam in his domino fundi datur actio negatoria: nec is ideo sic de alieno jure contendit; etsi res prima fronte spectet ad alieni juris contradictionem. est enim hic exitus: ut ad proprii juris vindicationem pertineat: cum enim inter me & te constet, meum esse fundum in quo tuam esse

M m 3

servi-

servitutem ais: apparet, non posse te, me invito, meo infundo habere jus servitutis. proinde si nego, tibi jus esse utendi fruendi: fundi mei libertatem mihi vindico; nec de tuo, sed meo jure experior, quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habeat: vincet tamen jure quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeat *d. l. 5.* quod & optime sic tradidit Clarissimus meus Collega, D. Johannes Voet, Vir Eximius, & Doctus, *Comment. ad tit. Pand. Si ususfructus petetur, n. 1.*

Datur igitur actio negatoria domino proprietatis, adversus quem? sine dubio adversus possesso-

rem. est enim hoc commune omnium in rem actionum: ex quibus hæc quoque est *l. 2. D. Si servitus vindicetur.* illud proprium tam negatoriae, quam confessoriae actionis: quod etiam datur domino possidenti adversus eum qui non possidet; movet tamen domino de usufructu controversiam *d. l. 5. §. 6:* ut supra tradidi.

Finis hujus actionis est: ne dominus proprietatis ab adversario inquietetur usufructus nomine, unde quodnam sit Judicis officium, ultro intelligitur *d. l. 5.*

§. 6.

*

CAPUT XV.

Fructuarium habere vindicationem servitutis prædio fructuario debita: non suo, sed procuratorio nomine. idemque observari in Novi Operis nunciatione. cur id obtineat, & quem habeat effectum?

Solet quæri: an fructuarius directo habeat vindicationem servitutis prædio fructuario debita, per consequentiam enim vindicati ab eo ususfructus prædii, etiam servitutis usum illi officio Judicis restitui, superiore tradidi capite. igitur de ea quoque lite videamus. actio confessoria ad vindicandam prædii servitutem parata est ei qui potest dicere, suam esse prædii servitutem. id vero potest dicere dominus prædii cui constituta est servitus. *l. 1. l. 2. pr. & §. 1. D. Si servitus vindicetur.* fructuarius id dicere non potest quia ut habeat jus utendi fruendi alieno prædio, eoque possit suum vindicare ejus usufructum: non idcirco potest prædium cujus usufructum habet, vindicare suum esse. nec igitur potest dicere, ejus servitutem sui fundi esse *l. 5. §. 1. & l. 1. pr. D. Si ususfructus petetur.* cæterum etsi nequeat servitutem petere proprio nomine: tamen rationis est, ut eam petat procuratorio: quum præsertim placeat, eum, quatenus ad rem fructuariam ejusque jura attinet, pro domini procuratore haberi: non quod intervenerit manifestum domini mandatum: sed quia ei dominus rem suam tradidit utendam fruendam arbitrato boni viri: afluente, eam ejusque jura custodire. quod si est: putemus, dominum per consequentiam dati usufructus prædii cui competat servitus, etiam utriusque curam ac custodiam fructuario commendasse *l. 1. §. ult. & l. 2. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* illa porro quæ est? nisi habeat jus utendi servitutem prædio debitam. mandata igitur fructuario cura ac custodia prædii fructuarii, etiam mandata illi intelligitur vindicatio servitutum prædii fructuarii: quia alioquin vix tueri & custodire servitutes potest.

Quod dixi de vindicatione servitutis, dicam de novi operis nunciatione: pari enim procedunt passu, auctor Ulpianus *l. 1. §. ult. D. de novi operis nunciatione*; Fructuarius, inquiens, opus novum nunciare suo nomine non potest: sed procuratorio nomine nunciare poterit, aut vindicare usufructum ab eo qui opus novum faciat: quæ vindicatio præstabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non esse. At enim idem Ulpianus *l. unic. §. 4. D. de remissionibus*, Juliano, inquit, placet, fructuario vindicandarum servitutum jus esse. secundum quod opus novum nunciare poterit

vicino, & remissio utilis erit: ipsi autem domino prædii si nunciaverit, remissio inutilis erit. neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius edificare. sed si hoc facto usufructus deterior fiat, petere usufructum debet. Sic Ulpianus: nec inficior, difficilem videri nodum. Ut tamen extricetur; non est sic accipiendus in *d. §. 4.* Ulpianus: quasi ex ejus & Juliani sententia fructuarius suo nomine habeat novi operis nunciationem; sicut suo nomine habet vindicationem servitutis prædii. neutrum enim, ut ex superioribus constat, Ulpiano venit in mentem. æque vere dicam, ne Juliano quidem incidisse. quin ipsa quoque utriusque disputatio quæ est in *d. §. 4.* huc non respicit. non est enim desumpta ex tractatu de confessoria actione. nam de hac egit Ulpianus *lib. 17. Ad Edictum* ex quo est *l. 5. D. Si ususfructus petetur*: Julianus *lib. 7. Digestorum*, ex quo est *l. 3. D. eod. tit. & l. 16. D. Si servitus vindicetur.* citatur quoque is Juliani liber *l. 5. §. 1. D. d. t. Si usufructus petetur.* quid igitur est? alio flectit utriusque disputatio. est enim *d. l. unic. §. 4.* ex Ulpiani *lib. 71. Ad Edictum*: ex quo est *l. 20. D. de novi operis nunciatione*: in qua proditur formula interdicti de novi operis nunciatione. Juliani autem verba ab Ulpiano *d. §. 4.* adducta, sunt ex Juliani *lib. 49. Digestorum*: ut liquet ex *l. 2. D. de novi operis nunciatione*: quo libro Julianum similiter novi operis nunciationem exposuisse, ex ejus libri locis intelligitur. ita si summam subducimus: dat uterque & Julianus & Ulpianus in *d. l. unic. §. 4.* fructuario quidem facultatem vindicandæ servitutis; sed non aliam, quam hanc ex qua pendeat jus nunciandi novi operis. quæ est vindicatio ei competens procuratorio nomine. satis clarum hoc & certum. etsi clarius & certius fiet eo: quod uterque & Julianus & Ulpianus eam servitutis vindicationem ac novi operis nunciationem fructuario quidem concedit adversus vicinum, adversus quem jure agat fructuarius, tamquam domini procurator: sed eam negat ei adversus ipsum dominum: quia foret absurdum, eum qui non suo, sed domini nomine experitur, experiri adversus eum cuius

jus nomine experitur. illa vero cessat absurditas; si fructuarius aut novi operis nunciationem aut servitutis vindicationem suo nomine exerceret. æque enim tum posset agere adversus dominum, atque adversus extraneum. Sed, puto, liquet Juliani & Ulpiani sententia: etiam intelligitur, nullam hac in parte fuisse pugnam Juliano cum

reliquis Jurisconsultis: idque optime observavit diligentissimus Interpres, Marcus Aurelius Galvanus, *De usufructu* c. 36. licet aliud teneant iter Viri Summi, Jacobus Cujac. *lib. 1. Observ. c. 16. § lib. 16. Observ. c. 31.* & Antonius Faber *Rationalib. ad l. 1. D. Si usufructus petetur.*

CAPUT XVI.

Fructuario concedi interdicta Unde vi & Uti possidetis: magis tamen ex Edicti mente, quam ex ejus verbis.

Præter superiora remedia, etiam fructuario competunt quasi possessoria cum ad retinendam, tum ad recuperandam ususfructus possessionem. etsi enim fructuarius rem fructuariam magis tenere, quam possidere videatur, ut dixi *lib. 1. c. 3.*: tamen si de ipso usufructu, id est, de jure quod in ea re habet, quærat: verius est, fructuarium intelligi ejus juris possessorem: quippe cum id non custodiat domino proprietatis: (ut debet facere in re fructuaria) sed magis sibi id habeat: atque interdum juris societate; interdum sola possessione, ita qua ratione fit, ut qui rei possessor est, idem dominus non sit; item ut dominus sit, possessor non sit; & rursus, ut possessor idem & dominus sit *l. 1. §. 2. D. Uti possidetis*: ea ratione fit; ut aliquis possideat usumfructum, & non habeat usumfructum; aliquis usumfructum habeat, & possessionem ejus non habeat; possit quoque fieri, ut idem & usumfructum habeat & possessionem. proinde (quod Venulejus notat *l. 52. D. de acquirenda vel amittenda possessione*, quæ est ex ejus *lib. 1. Interdictorum*) *Permissæ causas possessionis & usufructus non oportet: quemadmodum nec possessio & proprietas misceri debent.* Caterum ubi dicimus, usumfructum a fructuario possideri, improprie loquimur. nam cum incorporale sit jus usufructus, non potest a fructuario proprie possideri. postquam tamen animo concipi cæpit usufructus: quid ni animo quasi possideri intelligatur? Sed Javolenus animadvertit, usum servitutis esse pro traditione possessionis accipiendum; ideoque & interdicta veluti possessoria pro servitutibus constituta esse *l. ult. D. de servitutibus*. Atque hoc in prædiorum servitutibus claret sub Titulis Pandectarum, *De itinere actusque privato*, item *De aqua quotidiana & æstiva*, & similibus. De usufructu quoque sic legimus apud Papinianum *l. 27. D. de donationibus*: *Quod si expulsus Nicostriatus veniat ad Judicem, ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus qui usum cœnaculi accepit.* Interim non est hoc sine difficultate. nam ubi de usufructu aut usu tale interdictum, expulso aut inquietato fructuario? forte dices, esse *Uti possidetis*, itemque *Unde vi*. atqui ea interdicta non de usufructu & ejus quasi possessione, sed de rebus soli quarum vera sit possessio vel naturalis, vel civilis, loquuntur *l. 1. §. 1. D. Uti possidetis, & l. 1. §. 3. & seqq. D. de vi & vi armata*, neutram autem in re fructuaria habet fructuarius: etsi Ulpianus *l. 12. D. de acquirenda possessione* quæ est ex *lib. 70.* Ad Edictum in quo eum interdictum *Uti possidetis* exposuisse, liquet ex col-

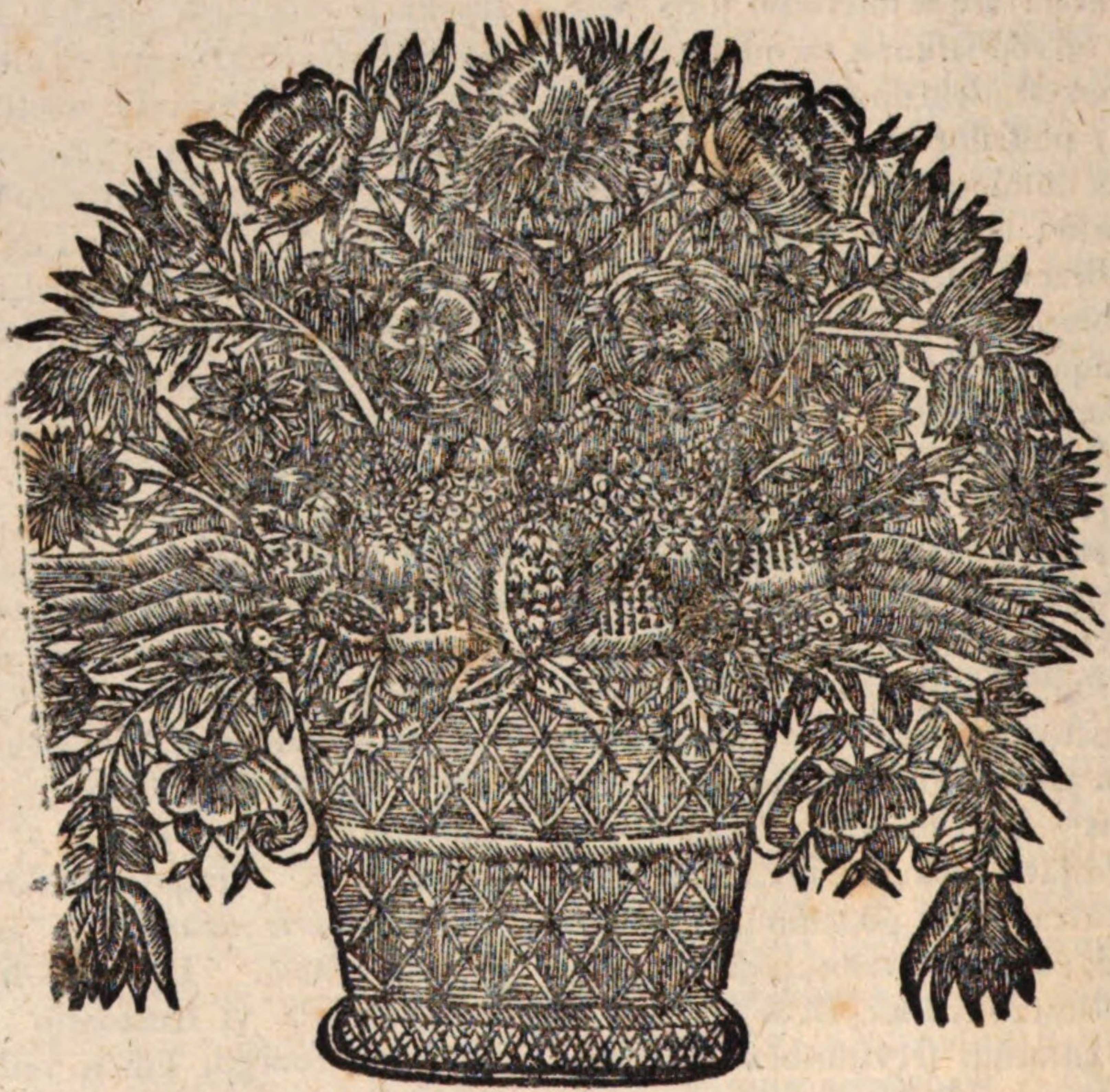
latione *l. ult. D. Uti possidetis*, sic scribit. *Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet.* Sed ejus loci sensus, ut ostendi *lib. 1. c. 3.* est, Fructuarium rem fructuariam tantum tenere; magisque in ejus possessione esse, quam eam possidere. id vero cum ad interdicta *Uti possidetis* & *Unde vi* non sufficiat: non voluit Ulpianus, fructuario competere interdictum *Uti possidetis*, eo quod rem fructuariam naturaliter possidet; id est, ut dixi, naturaliter tenet, siue est in ejus possessione: sed quod ipsum jus usufructus quasi possidet. Sic est: ea possessione usufructus fundi aut ædificii, id est, rei soli, siue immobilis, expulsus fructuarius, si Ulpianum audimus *l. 3. §. 13. 14. 15. 16. D. de vi & vi armata*, utetur interdicto *Unde vi*: non quidem ex Edicti verbis: sed ex ejus mente & sententia: ad quam decurri suadet utilitas; ubi non ostenditur aliud remedium, & tamen desideratur aliquod. Nisi me fallit mea opinio, indigitat hoc in interdicto *Uti possidetis* Ulpianus *l. ult. D. Uti possidetis*: sic scribens. *In summa dicendum, & inter fructuarios Uti possidetis interdictum reddendum; etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat.* addit Ulpianus, *Idem erit probandum, etsi usufructus quis sibi defendat possessionem: & ita Pomponius scribit.* Proinde & si alter usum, alter fructum sibi tueatur: & his interdictum erit dandum. Simili sensu Ulpianus exponens interdictum *Unde vi* *l. 3. §. 13. D. de vi & vi armata*, *Unde vi*, inquit, *interdictum necessarium fuisse fructuario apparere, si prohibeatur uti frui usufructu fundi.* Ulpianus significat, interdictum *Unde vi* fructuario uti frui prohibito, non concedi Edicti verbis: sed convenire utilitati tuendæ quasi possessionis usufructus rei soli, ne ex Edicti mente & sententia ei denegetur utile interdictum: cum aliud non suppetit. Pari locutione qua idem Ulpianus *l. 2. §. 1. D. Familiae eriscundæ*, Si, inquit, *quarta ad aliquem ex Constitutione D. Pii adrogatum deferatur*, quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit, utile erit *familiae eriscundæ* *judicium necessarium.* Finiam hoc Opus; si primum monuero, ex superioribus intelligi, corruptum esse Ulpianum *l. 1. §. 2. D. Quod legatorum* in sequentibus verbis. *Unde est quasi sum, si usufructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit; an hoc interdicto restituere sit compellendus? moveret, quod neque usufructus, neque usus possidetur: sed magis tenetur. potest tamen defendi, competere interdictum.* Idem dicendum est in servitute relictæ.

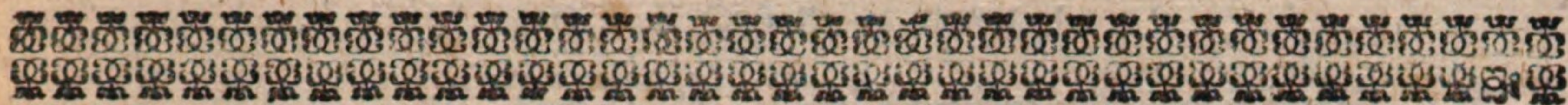
Sic habent omnes libri. minus recte. quid enim designant verba, *Sed magis tenetur* : quid volunt? meo iudicio sunt adventitia; nec juvant sensum, sed onerant. his igitur expunctis vel remissis in marginem, suadeam scribi, *Movet*, quod

neque ususfructus, neque usus possidetur. potest tamen defendi, competere interdictum, & reliqua.

* * *

Explicit. liber II. De Usufructu.





NOTITIA

CAPITULUM OPERIS
DE USUFRUCTU.

LIBRI PRIMI.

- CAP. I. Summa totius Operis. 339
- II. De usufructu : & quid eo nomine contineatur ? ibid.
- III. Quemadmodum quis utatur fruatur ? 342
- IV. Usufructum jure Civili constitui in corporibus ; Senatusconsulto etiam in quantitatibus & juribus. 347
- V. De usufructu fundi , & quomodo eo utatur ac fruatur fructuarius. 350
- VI. Fructuarium cui competit ususfructus fundi , uti fundi servitutibus , etiam omnibus ejus partibus : ut cretifodinis , arenifodinis , lapidicinis , aliisque metallis a domino institutis. quid si ipse velit nova instituire : an potest ? & quando ? accessione alluvionis augeri fundi usufructum : an & insula juxta fundum nata in flumine ? non videri. 351
- VII. Sub usufructu fundi contineri usufructum instrumenti fundi. an fructuarii sunt venationes , aucupia , piscationes ? & quid in seminario , salictio , harundinetis , silva palari , silva cadua , aut alia ? 354
- VIII. Adminicula , quibus eget ususfructus fundi , fructuario praestanda esse ab herede. id observari : si legatus sit ususfructus fundi ad quem non sit aditus , nisi per hereditarium fundum. Quid , si is fundus a testatore sit legatus tertio ; & heres eum possideat , aut legatario tradiderit ? Quid , si ad fundum fructuarium non possit venire per hereditarium ? & vicinus nolit per suum fundum concedere aditum ad fructuarium , ne precibus quidem aut pretio ? fuisse hic aliud juris regulis receptum : aliud consuetudine , ea non indigentem esse civilem actionem ad petendum aditum ; sed interpellationem extra ordinem , sub specie persuasionis ; cui tamen cohereret vis & auctoritas Praetoris : eamque colorem etiam alibi fuisse observatum in constitutione novi juris. 358
- IX. De oneribus fructuarii fundi. 360
- X. De domas sive adium usufructu. quid domus , quid ades ? adificia distinguere ab adibus. domus aut adium usufructu etiam partium usufructum contineri. nec minus instrumenti ; ut specularium & velorum ; & quando ? 361
- XI. Quomodo oporteat fructuarium uti frui domo aut adibus. non posse lumina immittere : nec colores & picturas & marmora & sigilla

- & si quid ad domus ornatum pertineat : non magis , quam diatras transformare , vel conjungere , vel separare : vel aditus , posticasve vertere ; vel atrium mutare : vel viridaria ad alium modum convertere , & quid his omnibus indigetur ? 362
- XII. An fructuarius possit parietibus fructuaria domus imponere rivum novum : aut consummare edificium inchoatum ? 365
- XIII. Fructuarium etsi locare aut vendere possit usufructum domus ; tamen non posse domum dividere per coenacula ; nec balneum illic facere , nec alia meritoria. & quid hoc ? ibid.
- XIV. De oneribus fructuariae domus. 367
- XV. De constituenda a proprietario servitute praedii ex consensu fructuarii. 368
- XVI. De usufructu servi. 369
- XVII. De usufructu pecoris. 374
- XVIII. De cautione a fructuario praestanda ex Edicto Praetoris. id Edictum restitutum , & explicitum. 375
- XIX. Fructuario , si heredi non satisfaciat , a Praetore negari actionem de usufructu : etsi remissa ei a testatore sit satisfactio ; nec interesse inter priorem & posteriorem ejus clausulam. idem esse , si remissa fructuario satisfactio sit pactioe heredis. an deneganda sit actio fructuario non inveniendi fidejussorem qui pro eo satisfaciat ? videri durum : sed esse servendum clarae Edicti voluntati. alia. 378
- XX. De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu : & qua forma ? 381
- XXI. Quo sensu dicatur usufructus Senatusconsulto constitui in rebus quae usu tolluntur aut minuuntur ? Vasorum usufructus pro usufructu rerum mobilium. Vestimentorum usufructus si legetur , legatum intelligi usufructum verum ; non quasi. 382
- XXII. De usufructu jurium , id est , servitutum & nominum. 384
- XXIII. De usufructu omnium bonorum vel partis bonorum. 386



LIBRI SECUNDI.

- CAP. I. De modis usumfructum constituendi jure Civili: & primum de legato. 389
- II. Usumfructum constitui pactionibus & stipulationibus: at sequente quasi traditione. qua illa sit? cur inventa? & a quibus? 392
- III. Usumfructum iudicis sententia constitui in judiciis divisoriiis. 393
- IV. Usumfructum etiam lege constitui novo jure. ibid.
- V. Quibus modis ususfructus tollatur. & primum de tempore ad quod sit constitutus ususfructus 394
- VI. Quomodo ususfructus finiatur morte fructuarii? 397
- VII. An capitis deminutione, & qua amittatur ususfructus? 398
- VIII. Usumfructum amitti non utendo per constitutum tempus. 399
- IX. An ususfructus jure Civili amittatur non utendo per modum? credi: sed errore 401
- X. Usumfructum tolli cessione in jure facta a fructuario. & quando? item de consolidatione. 403

- XI. Quomodo tollatur ususfructus mutatione aut interitu rei fructuaria? & quando? 405
- XII. Interesse in amittendo usufructu: utrum dies ejus cesserit, an non. quid, si repetitus a testatore sit ususfructus? quo modo fiat ejus repetitio? & quid, si ususfructus tollatur fructuarii morte, aut mutatione rei fructuaria? 410
- XIII. Non videri alios esse modos extinguendi jure Civili ususfructus, prater enumeratos a Paulo lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31. & 36. 411
- XIV. Deremediis ad tuendum usumfructum proditis. & primum de actione confessoria, distincta a negatoria. 412
- XV. Fructuarium habere vindicationem servitutis pradio fructuario debita: non suo, sed procuratorio nomine. idemque observari in Novi operis nunciatione. cur id obtineat, & quem habeat effectum? 414
- XVI. Fructuario concedi interdicta Unde vi & Uti possidetis: magis tamen ex Edicti mente, quam ex ejus verbis. 415

F I N I S.



GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AD

EDICTUM PRÆTORIS

DE PACTIS

ET

TRANSACTIONIBUS

LIBER SINGULARIS.

Editio prima in Germania post alteram Lugduno-Bataviensem.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

AD

EDICTUM PRÆTORIS

DE

PACTIS ET TRANSACTIONIBUS

LIBER SINGULARIS.

CAPUT I.

Edictum de pactis & transactionibus accepisse originem a Lege Duodecim Tabularum. ejus Legis & Edicti usus & ratio.

DE pactis & transactionibus exstat breve, sed elegans, Prætoris Edictum in hæc verba, apud Ulpianum l. 7. §. 7. D. de pactis. *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

Est vero mihi in animo, hoc Edictum, quæque ad ejus intellectum ex Veterum Jurisconsultorum Fragmentis, ac Principum Constitutionibus, maxime pertinent, ut res meretur, aliqua cum cura interpretari: paucis præmissis de Lege Duodecim Tabularum: ad cujus angustiam regendam laxandamque Edictum, mea opinione, a Prætoris fuit propositum. ira enim futurum spero, ut aliquanto certior ac clarius fiat ejus & usus & ratio.

Sed enim quæ fuerint Legis verba, difficilis est æstimationis: adeo lacerata ac corrupta circumferuntur apud Ciceronem, *Ad Herennium lib. 2.* In editione P. Victorii hac extant forma. *Rem ubi pagunt, oratione pagunt. in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito.* Lambinus ex Bosii conjectura quam Gruterus vocat certissimam, eam sic exhibet. *Rem ubi pagunt, orato, ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito.* Et videtur hoc, *ni pagunt*, probare Quintilianus lib. 1. *Inst. orat. c. 6.* his verbis. *Nam cum in XII. Tabulis legeremus. Ni ita pacunt.* Etiam Q. Terentius Scaurus, *De Orthographia*, editionis Putschii pag. 2253. sic scribens. *Item XII. Tabula, ubi est, ni pagunt, per hanc formam, quod male quidam per c. enuntiant, est enim præpositum ejus pepigi a pango.* Verum quid designet illud *orato*, vix capio: & assentior Jacobo Gothofredo, *Notis ad Tabulam I Legum XII Tabularum* neganti, eam vocem esse legitimam. ipse legendum putat, *Rem uti paicunt orato: & rato exponit, ratato*, seu ratum habeto: probabili divinatione; nisi abhorreret ab usu Latini sermonis. Non magis animadverto, cur mutetur verbum, *oratione*, a Victorio præditum: in primis cum id hujus &

loci & legis esse, idoneus auctor sit Priscianus lib. x. editionis Putschii pag. 894. in his verbis. *Antiqui pago quoque dicebant pro paciscor. Cicero in 2. Ad Heren. Pacta sunt quæ legibus observanda sunt; hoc modo, Rem ubi pagunt oratione pagunt.* Plerique etiam manu scripti libri apud Ciceronem illud agnoscunt verbum. Fabricianus certe, Grutero teste, habet *orato*. Palatini tres priores, quod idem refert Gruterus, legunt, *Rem ubi pangunt orationem pangunt in comitio.* Vix igitur dubito, quin a Cicerone & Duodecim Tabulis sit vox, *oratione*: etsi suspicer, sub ea latere simul verbum, *ratum esto*: id postulante sensus integritate, nec adspernante literarum imitatione. ac jam Theodorus Marcilius, *Collect. Leg. XII Tabularum c. 8.* Legem sic repræsentat, *Rem ubi pacunt, ratum esto.* Janus autem Rutgerius lib. 5. *Var. lect. c. 16.* confingit, *Rei ubi pagunt, ratum est.* Sed non ero peccaturus: si retento verbo, *oratione*, cui favet Priscianus, & fides tot manu scriptorum codicum, Legem sic concipiam. *Rem ubi pagunt oratione, ratum esto. ni ita pagunt: in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito.* Ea si placet lectio; commodus erit Legis sensus. jubet enim, quod oratione pacti sint litigatores, haberi ratum: locutione non dissimili huic sequenti ex iisdem Duodecim Tabulis apud Festum, in verbo, *Nuncupata. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto.* Lex hæc, *Uti lingua nuncupasset*, inquit: sicut illa, *Uti pagunt oratione.* hæc quoque ait, *ius esto*: sicut illa, *Ratum esto.* Satis de verbis Legis,

Venio ad usum. is constitit intra pacta quibus agebatur, Ne quæ fieret in ius vocatio: ac si facta esset, ut finiretur. id etsi ex verbis Legis intelligatur, tamen quia ad rem pertineret, diligentius demonstrabo. igitur si quid in controversiam veniret: erant (ut Cicero ait *pro Quintio c. xi*) duæ experiundi viæ: una summi juris, altera intra parietes. priore licebat actori, reum in ius vocare

Nn

pro-

propria auctoritate, nulla adhuc edita actione: etiam licebat ei, non sequentem statim, nisi satis vel cautum daret, facta antestatione, ducere atque etiam rapere in jus. posteriore solebat actor reo actionem edere ante in jus vocationem. saepe etiam pactionum condiciones offerre, aliquando de eis deliberandi facultatem, & tempus permittere. tale exemplum apud Terentium, *Adelph. 2. 1. vers. 40. & seq.* etiam huc spectat ordo Edicti perpetui: in quo Julianus Edicta de edendo & de pactis posuit ante Edictum de in jus vocando: ut in Digestis sub Titulis, De in jus vocando, De edendo, & De pactis, facile intelligitur ex serie librorum Ulpiani & Pauli Ad Edictum. Ita potuit actor dare humanitati, nec minus licuit ei, aliter agere summo jure. clare Plautus in *Persa 4. 9.*

Age ambula in jus leno. D. Quid me in jus vocas?

SA. Illic dicam apud Praetorem. sed ego in jus voco.

Et in Aulularia 4. 10.

Jam quidem ad Praetorem hercle te rapiam, & ibi scribam dicam.

Aequè Ulpianus l. 1. §. 1. *D. de edendo*: nam exponens formas quibus actionem reo ab actore edi oporteat ex Edicto Praetoris, ait inter cetera, cum quoque edere, qui adversarium suum (sive reum) ducit ad album; (id est, ad Praetoris album) in eoque demonstrat quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit. fuere enim, ut Cicero refert, *Pro Roscio*, eo in albo expressae ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publice a Praetore formulae ad quas privata lis accommodaretur. Sed probatum est, fuisse in actoris arbitrio, priusne reum in jus vocaret, an ei prius ederet actionem: contraque reo non licuisse, hac aut illa in specie non sequi actorem in jus vocantem: nisi esset paratus, ei satis vel cautum dare, interfuit tantum: (sic enim opinor) quod reus in jus vocatus, ante edita sibi actione, teneretur statim, atque in jus venisset ad Praetorem, actori respondere, & cum eo litem contestari. quam enim habebat causam petendae dilationis: qui poterat paratus esse vel ad paciscendum, vel ad litigandum? sed si in jus veniret, ante non edita actione: summa erat aequitatis, petenti a Praetore concedi spatium ad deliberandum, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & si contendendum puter, veniat instructus ad agendum, cognita causa qua conveniatur l. 1. *D. de edendo*. Humanior igitur erat posterior agendi via: eo quod hanc ingressus, reum non statim in jus vocabat, sed ei prius edebat actionem; etiam saepe ei denunciabat diem ac locum quo per utriusque amicos de transactione & pactione tractaretur: ac si frustra tentata videretur; tum demum, quod necesse erat, ad vocationem vel in jus vocationem veniebat: ut ex Cicerone, *Pro Quintio c. 5*, intelligitur. Interim si conveniret res vel intra parietes, vel in via, dum in jus iretur: quod partibus placebat, ratum habebat Lex Duodecim Tabularum, inde Gajus lib. 1. *Ad Leges XII. Tabularum*, (sic enim sonat Inscriptio l. 22. *D. de in jus vocando*) *Qui*, inquit, *in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis ejus personam defendet: & si dum in jus venit, de re transactum fuerit.*

Etsi autem Lex juberet, ratum esse pactum de tollenda lite: non tamen omnia tueretur hujusmodi pacta, constat enim, actionem pacto nudo non ipso jure infirmari, sed per exceptionem, qua nil opus

erat: si quaecumque pactum auctoritate Duodecim Tabularum censeretur. Huic rei argumentum praebet, quod pacto de injuria ipso jure tollitur injuriarum actio l. 17. §. 1. 27. §. 3. *D. de pactis*, quaecumque pactum de injuria fiat: propterea quod Lex Duodecim Tabularum quae id confirmavit, (ut nos docet Festus in verbo, *Talionis*) simpliciter dixit, *Si membrum rupserit, ni cum eo pacit, talio esto.* At non sic locuta fuit Lex nostra. circumspectius haec, *Rem*, inquit, *ubi pagunt oratione*, proinde qui sunt duodecim Tabulas interpretati Jurisconsulti, sic acceperunt Legem, quasi confirmaret quidem pacta quibus agitur, Ne petatur: at non omnia, sed verbis solemnibus facta. cetera ejus generis non solemnia approbavit demum Edicto nostro Praetor, motus naturali aequitate.

Hoc modo ex audio Ulpianum l. 1. *D. de pactis*: is expositurus hoc Edictum (qui ejus mos est) initium facit ab ejus commendatione his verbis. *Hujus Edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?* Sic Florentinae editur: nulla orationis forma aut sententia; si audimus Elbertum Leoninum V. Cl. lib. 1. *Emend. c. 16. n. 1.* ex antiquissimo manu scripto codice reponentem, *Quidem magis humanae fidei est congruum, quam ea observari quae inter homines placuerunt.* Sed bene habet Florentina lectio; solitis saepe Veteribus, in sermone genus mutare, facta relatione magis ad antecedentium verborum sensum, quam ad verba quibus is sensus continetur. id pridem ostendi lib. 1. *Observ. c. 4.* ubi vide: si tanti sit. Interim monebo, Ulpiano duplicem esse aequitatem: unam naturalem, alteram civilem l. 1. §. 1. *D. Si is qui testamento liber esse jussus erit.* Naturalis aequitas est jus naturale, una constans ratione naturali, aequa omnibus hominibus. Civilis aequitas est jus civile, servans aequitatem inter cives ejusdem civitatis, quo sensu Cicero in *Topicis c. 2*, *Jus Civile*, inquit, *est aequitas constituta us qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.* Ita huc redit Ulpiani commendatio: quod homo homini naturali aequitate debet veritatem ac fidem: quia homo homini naturali ratione debet omne sine quo salva esse inter eos nequit societas. huic porro nihil magis convenit, quam quae inter eos placuerunt, impleri. movetur igitur hic Praetor ad servanda pacta naturali aequitate. At cur ait Ulpianus, naturali; cum non minus civilis aequitas fidem servari jubeat? Mihi vero succurrit, Praetori esse propositum hoc Edicto, egredi angustias Legis Duodecim Tabularum: tantum probantis pacta oratione, id est, ut dixi, solemniter, facta: cum Praetor etiam servet non solemnia, est igitur hujus Edicti aequitas non civilis, sed naturalis. Id convenit huic Ciceronis, *Ad Herennium lib. 2.* *Pacta sunt quae legibus observanda hoc modo. Rem ubi pagunt oratione, ratum esto: (ita supra restitui) ni ita pagunt, in comitio, aut in foro ante meridiem causam conjicito. Sunt item pacta quae sine legibus observantur ex conventu quae jure prestare dicuntur.* Illi quoque ex lib. 2. *De invent.* *Consuetudinis jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. in ea autem jura sunt quadam ipsa jam certa propter vetustatem. Quo in genere & alia sunt multa, & eorum multo maxima pars, quae Praetores edicere consueverunt. Quadam autem genera juris jam certa consuetudine facta sunt. Quod genus, pactum, par, judicatum. Pactum est, quod inter aliquos convenit quod jam ita justum putatur, ut jure prestare dicatur.* Clare expo-

sui Edicti rationem. Licebit tamen simile quid adducere ex *l. 1. D. de minoribus* : ubi simili commendationis forma Ulpianus, *Hoc*, inquit, *Edictum Prætor naturalem æquitatem sequutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit.* Ulpianus nihil aliud designat, quam quod Prætor in illo Edicto non substituit intra Legem Lætoriam : minoribus subvenientem, non quidem omnibus, sed circumscriptis : ut nos docet Cicero *lib. 3. De officiis* : cum Prætor lapsos fragilitate consilii adjuvet, etsi non sint circumventi. non igitur sequutus Prætor eo Edicto civilem Legis Lætorix rationem, sed naturalem : ea Lege solutam ac liberam. Adeum-

dem modum accipio hoc Gaji *l. 2. D. Unde cognati.* *Hac parte Proconsul naturali æquitatemotus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant.* Gajus appellat naturalem æquitatem quæ excedit fines Legis Duodecim Tabularum, tantum suos & agnatos vocantis ad hereditatem ; exclusis cognatis. at Proconsul invitat etiam cognatos qui Jure Civili, id est, Lege Duodecim Tabularum, negliguntur. motus igitur Proconsul est magis naturali, quam civili æquitate.

* * *

CAPUT II.

In Edicto Prætoris late patere verba, Pacta conventa : nec referre, utrum sint expressa, an tacita. horum complura & diversi generis exempla sane elegantia ; nec peraque clara & evidentia.

Dixi de Edicti origine & ratione. deinde ejus verba consideraturus. ait Prætor, *Pacta conventa servabo.* verba, *pacta conventa* cum in Edicto, tum alibi sæpe, idem valent, & ut *morbis ac vitium* in Edictio Edicto *l. 1. §. 7. D. de Edictio Edicto*, multa que alia apud A. Gellium *lib. 13. Noct. Attic. c. 24.* in sermone ornandi explicandive ejus causa conjunguntur. ita perinde est, ac si dicat Prætor, *Servabo pacta* quæ alias conventa appellantur : vel, ut Cicero dicit *lib. 2. Ad Herennium*, quæ observantur ex conventu. præit vetus Edicti interpret Ulpianus *l. 1. §. 1. 2. & 3. D. De pactis* : primum, *Pactum*, inquit, *a pactione dici. inde etiam pacis nomen appellatum esse.* quomodo Festus, *Pacem*, inquit, *a pactione conditionum putat dictam Sinnius Capito* quæ utrique populo sit observanda. Uterque autem tam Ulpianus, quam Festus, pacem & pactum a pactione, velut ex causa, deducit. nominis enim etymologiam, cum ejus vis per interpretationem colligitur, non minus ex causa, quam ex origine desumi, auctor est Isidorus, *lib. 1. Originum c. 28.* fuerit igitur Ulpiani sensus, Pacti & pacis appellatione venire pactionem ; nam ex ea & pacem consistere & pactum. Hunc sensum, ne alios quæram, ipse juvat Ulpianus in *d. l. 1. §. 2* cum porro ait, *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum & consensus.* est enim hæc clara pacti definitio, vel eo auctore in *l. 3. D. de pollicitationibus* : in qua, *Pactum*, inquit, *est duorum consensus & conventio.* nec male adjicit Ulpianus verba, *duorum vel plurium* : pactum sive pactionem distincturus a pollicitatione ; quam solius offerentis promisso absolvit *d. l. 3.* Est igitur pactum Ulpiano generale vocabulum : completens omne duorum pluriumve in idem placitum & consensum vel contrahendi vel finiendi negotii gratia.

Non minus late patet *conventum*. nam a conventionem deducitur, ut a pactione pactum. ac vix dubito, an huc referre me oporteat hoc Ulpiani *d. l. 1. §. 3.* *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinet de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt.* Ulpianum accipi suadeam : quasi dicat, conventionem etiam generalem esse : usitato loquendi genere de quo pluribus infra capite 111. id vero Ulpianus tali similitudine illustrat. *Nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur & veniunt : ita & qui ex diversis animi motibus in unum*

consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Ait *ex diversis animi motibus* : pro ex diversis sensibus, sive sententiis. quomodo Judicis motus, apud Arcadium *l. 21. §. 3. D. de testibus*, item motus atque sensus, apud A. Gellium *lib. 14. Noct. Attic. c. 2.* est igitur Ulpiani sensus, Conventionem æque late patere, ac pactionem : significare enim duorum negotii contrahendi terminandive causa placitum & consensum : qua definitione pactum circumscriptur. nec tamen defuit Ulpiano causa disputandi, an generalis esset significatio conventionis : nec interim de pactione esset sollicitus. nam in pactione nihil occurrebat : cur non generalis videretur ejus potestas : cum in conventionem intercederet origo vocabuli, ne pertingeret ad transactiones : quæ magis sint discessionem, quam conventiones. & tamen quia volentes a lite discedere, vel in hoc consentire oportet : non est in mora Ulpianus, ne conventio æque late pateat ac pactio. imo addit *d. §. 3.* adeo generale esse conventionis nomen : ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem : sive re, sive verbis fiat : nam & stipulationem quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nullam esse.

Videtur igitur Prætor, cum ait, *Pacta conventa servabo*, promittere, servaturum se omne plurimum in idem placitum & consensum. Utrum tamen expressum, an tacitum ? Sed nullus labor est : sequitur enim Prætor, ut supra dixi, naturalem rationem : quæ non minus tacitum probat consensum, quam expressum. quemadmodum nec refert ejus, utrum inter præsentem consentiatur verbis quibuscumque ; an inter absentes per nuncium, vel per epistolam. potest enim consensus quo uno sustinetur pactum conventum, omnibus his modis naturali jure expediri. hoc Paulus observat *l. 2. D. de pactis*, quæ est ex libro 3. Ad Edictum, verbis sequentibus. *Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium inter absentes quoque posse : sed etiam tacite consensu convenire intelligitur.* Sic distinguenda hæc verba, deleta interpunctione post vocem, *nuncium*, posita apud Haloandrum, Russardum, Charondam, & Taurellium. præeunt Græci *Basilic. lib. xi. tit. 1. pag. 719. tom. 1.* Paulum ad hunc modum transferentes, Fabroto interprete. *Paciscuntur quis & præsens & absens per epistolam & per nuncium, & ta-*

cite. Sensus : conventio sive pactio fit vel palam vel tacite. palam fit re : hoc est, ut Græci exponunt, inter præsentēs : puta verbis. fit etiam palam inter absentes ; ut per epistolam, vel per nuncium. sic palam, fit & tacite : utpote, cum consensus ex aliquo facto verisimili præsumptione colligitur. exemplum Paulo *d. l. 2. §. 1.* Si debitori meo reddiderim cautionem. Paulus cautionem vocat chirographum : ut in *l. 47. D. eod. tit. l. 40. D. de rebus creditis*, & passim. dicitur enim debitor creditori cavere, cum se ei obligat facto chirographo *d. l. 47. l. 4. D. Quæ res pignori, l. 17. §. 3. D. Commodati.* Si igitur debitori meo reddiderim chirographum : nihil inter me & debitorem palam convenit de remissione debiti : non enim in eam consensimus, verbis, literis, aut per nuncium. ait tamen Paulus, ideo videri inter nos convenisse, ne petam ; profuturamque ei, si petam, conventionis exceptionem. quo argumento ? admodum probabili, etsi non necessario. id sic demonstro. finis redditus chirographi est, ne sit debitum. datur enim creditori a debitore chirographum : ut ei præstet fidem debiti. videtur porro creditor, debitori reddens chirographum, ei remittere debitum : quia creditur eo facto, cujus non apparet alia causa, nolle, esse debiti fidem, & per consequens ullam vim. eo magis : quia solent remittentes debitum, aut comburere aut reddere chirographum, aliquando integrum, plerumque scissum aut cancellatum : nullo deinde ejus usu. morem tangit Paulus *l. 82. §. 2. D. de furtis* ; etiam Aufonius, *ad Gratianum* ; & Ambrosius, *lib. 1. De Officiis, c. 32. pag. 26.* Pendet tamen illa interpretatio taciti pacti magis ex eo quod fieri creditur, quam quod factum est ; eoque pro verisimili præsumptione habetur, donec alicunde demonstratur veritas : certa & necessaria probatio non est. levat igitur debitorem a creditore conventum onere probandi pactum de remisso debito ; sed ipso debito eum adeo non liberat : ut adhuc jus sit creditori, hanc præsumptionem elidere contraria probatione : & si manifeste ostendat, sibi aliam fuisse causam reddendi aut cancellandi chirographi, quam remittendi debiti ; chirographi redditio aut cancellatio debitori ad probationem remissi debiti non proficiat : inani præsumptione, ubi apparet veritas. Hoc observat Modestinus *l. 24. D. de probationibus.* nec minus vere Diocletianus ac Maximianus *l. 14. C. de solutionibus, Pecunia*, inquit, *solutæ professionem collatam instrumento, majorem rei gestæ probationem continere, quam si chirographum acceptæ pecuniæ mutua fuisset redditum.* Tantum de debito. quid pignus ? & hoc creditur tacite remitti redditione chirographi *l. 7. C. de remissione pignoris.* optime : est enim pignus debiti accessio. datur quippe in ejus securitatem : atque eo sublato tollitur, nulla deinde causa præstandæ securitatis. Non idem dicendum est, restituto pignore. tum enim ut remissum præsumatur pignus ; non etiam remissum intelligitur debitum : nisi hoc insuper egisse probetur creditor *l. 3. D. de pactis, l. 1. §. ultim. D. de liberatione legata.* est enim pignus debiti accessio, ut dixi : ac sublato principali debito, necesse quidem est, pignoris accessionem tolli : sed sublata pignoris accessione, non est necesse tolli principale debitum. potest enim debitum sine pignore esse : sed pignus sine debito esse qui potest ? Satis de primo taciti pacti exemplo quod est Pauli in *d. l. 2. §. 1. ex lib. 3. Ad Edictum.*

Alterum est ejusdem Pauli atque ex eodem libro, sed a superiore diversum. nam illud vero constat consensu. hoc ficto constabit. meretur res pulchra, nec satis animadversa, curatius tractari. Pauli verba adscripsi. sunt autem hæc ex *l. 4. D. de pactis.* *Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecita illata pignori esse locatori : etiamsi nihil nominatim convenerit.* Pauli sensus est, Hypothecam qua locatori tenentur invecita illata in urbanas habitationes, ex Edicti forma non valere sine conventionione, quam ad vim actionis hypothecariæ desiderat Prætor : sed placere adversus Edicti formam, eam hypothecam admitti quasi ex tacita conventionione, etsi nulla inter- venerit expressa. Est igitur, quantum attinet ad Pauli sententiam, hæc hypotheca adversus Edicti rationem moribus inducta sub imagine tacitæ conventionis : arrepta forte, ut solet, occasione aliqujus Rescripti. utcumque erit ; licebit ad demonstrandum id quod ago, uti sequentibus Neratii verbis ex *l. 4. D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur : Eo jure utimur ; ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.* In hoc Neratii loco non una erit observatio. primum puto, his verbis, *Eo jure utimur*, indicari consuetudinem, adversus communes juris regulas receptam. id ostendi *lib. 1. Probabilium c. 2. §. 3 :* nec opus pluribus. tantum addam Modestinum *l. 4. D. de vulgari & pupillari substitutione* : a quo non modo eadem loquendi forma talis designatur consuetudo ; sed Rescripti quoque mentio fit. Modestini verba. *Jam hoc jure utimur ex D. Marci & Veri Constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituit, in utrumque casum substituisse intelligatur.* Eodem modo Ulpianus in *l. 1. §. ult. D. de liberis exhibendis*, *Et, inquit, certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur.* Nullum quidem in his verbis vestigium Constitutionis quam arripuerit qui indicatur usus : fuisse tamen Constitutionem D. Marci cujus meminit *l. 5. C. de repudiis*, pridem docui *lib. 1. D. de usufructu c. viii. in fine.* Hoc primum fuit observandum. Proximum est, quod Neratius ait, *Inducta illata in prædia urbana credi pignori esse, quasi id tacite convenerit.* id enim fit simili ratione, qua dicitur obligatio nasci quasi ex contractu, item nasci quasi ex maleficio : ubi jure fingitur contractus aut maleficio ; cum alioquin non sit. *toto Titulo Inst. De obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur, item, Tit. De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.* Præter hæc dignum observatu est : quod Paulus *d. loc.* nominatim loquitur de *urbanis habitationibus* ; & Neratius de *urbanis prædiis* : addens in fine *d. l. 4. In rusticis contra observari.* cæterum Pomponius *l. 7. D. eod. tit.* ait, *Fructus qui ibi nascuntur, tacite intelligi pignori esse domino fundi locati.* Distinguenda igitur ex Pauli & Neratii sententia a rusticis prædiis sunt Urbana prædia, seu Urbane habitationes. at in Urbe Roma ejusque territorio, nam ibi singulari jure obtinuit tale privilegium, eoque non fuit ad provincias porrectum. includam igitur his finibus Urbana prædia & Urbanas habitationes, ubicumque de hac hypotheca agitur in Pandectis. ac nescio, an Urbana prædia, Urbanæque habitationes, in proposito dicantur, ut apud Tacitum *lib. 3. Annal. c. 40. Urbana plebes pro Romana* : & ibidem *c. 44. luxus Urbanus pro Romano.* utique intra fines Romæ quæ per excellentiam appella-

pellatur passim Urbis, tum id privilegium constitit: provinciis vero concessum non fuit: etsi imperio in Orientem translato, obtinuit Constantinopoli, exemplo veteris Romæ. sed Imp. Justinianus quod in utraque Roma, & earum territorio ante singulare jus erat, tandem quoque Provincialibus indulgit. Verba Justiniani *l. ult. C. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. Sancimus, de invecitis a conductore rebus & illatis, quæ domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma & territorio earum hoc jus locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim iusta præsumptione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus.* Res clara. solum addam, quod Imperator vocat *iustam præsumptionem*, quam melius dixisset *fictionem*. vera enim præsumuntur: falsa finguntur. adeo quæ præsumuntur conventiones, habent paciscentium consensum, licet non palam verbis, literis, aut nuncio demonstratum, certe ex aliquo eorum facto probabiliter intellectum. hoc modo tacita quæ dicitur conventio, est vera atque a paciscentium voluntate non minus pendens, quam expressa: prorsus, ut qui eam non cogitarint, nec fecisse credantur. at jus tacitæ hypothecæ in inductis illatisque in prædium urbanum aliter se habet. non enim nititur vero locatoris & conductoris consensu: sed juris fictione inducitur, etiam ubi nulla concurrat eorum voluntas vel expressa vel tacita: denique ubi ad eam adeo non intenderint; ut de ea ne cogitarint quidem. non igitur proficiscitur hæc hypotheca a voluntate locatoris & conductoris: sed a providentia juris: in prædiis urbanis sua interpretatione tacitam quamdam pactionem ad introducendam non minus hypothecariam actionem, quam exceptionem, pro communi Urbis utilitate, fingentis. Sic accipio Rescriptum Imp. Alexandri ad Petromam *l. 5. C. de locato & conducto*. cuius verba, quia obscurum habent intellectum, apposui, eum facturum deinceps perspicuum. *Certi juris est, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini. nam ea quoque pignoris jure tenentur.* Si fides Interpretibus; quaritur hic: an inducta in prædia rustica ex conventionem demum pignori obligentur? At, mea opinione, illud non quaritur, sed supponitur. hoc vertitur: si intervenerit conventio de obligandis in fundum conductum inductis: quis sit ejus conventionis sensus. huc autem redit ea dubitatio: utrum etiam pignori teneantur a colonis sine dominorum voluntate inducta, verbi gratia, temporis causa: an tantum illa quæ, ut perpetuo ibi sint, a colonis dominorum voluntate sint inducta? Hæc, quantum conjicio, est quæstio de qua consulitur Alexander. Ad hanc autem rescribit ille Imperator, *Ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri: idque certi juris esse.* recte: nam & Scævola *l. 32. D. de pignoribus & hypothecis*, consultus de pacto quo obligata sint inducta in fundum, eodem modo & sensu respondet, *Eos (servos) duntaxat qui hoc animo a dominis inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos.* Nec alio modo Pomponius *l. 7. §. 1. D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, de eodem loquens pacto, *Videndum, inquit, est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola quæ ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint.* Hæc igitur aut similia ait Alexander

Noodt Operum Tomus I.

a colonis dominorum voluntate in fundum conductum induci; eoque pignoris jure teneri. Sic plane sentio. hoc plus addo, Alexandrum non alia forma dicere, *quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint*, quam Pomponius apud Marcianum *l. 5. §. 1. D. eod. tit.* *Illud, inquit, videndum est, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum.* Sicut enim Alexander, sic ex Pomponio illic Marcianus supponit pignus conventionem constitutum, vult vero, pignus, ubi conventionem inducitur, sic posse induci domini voluntate: ut in partem debiti sit obligatum, quomodo Alexander indigitat, ubi inducta in fundum conventionem obligantur, tantum pignoris jure teneri, quæ a colonis dominorum voluntate sint inducta. Hoc in fundo locato Alexander. quid in domo? ait: *Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini.* & præfatur: *Nam ea quoque pignoris jure tenentur, sensus: Ubi domus locatur, aliter se res habet. nam tum pignoris jure tenentur inducta vel illata, etiam insciente domino: eo quod lege obligantur pignori, etsi nulla domini conventio aut voluntas interveniat.* Declaravi Alexandri sensum obscurum atque impeditum, nec desideres plura. Non præteribo tamen: quod ex hoc fonte Paulus *l. 24. §. 1. D. Locati conducti*, Si, inquit, colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur. nimirum, quia in his, ut dixi, conventionem, non lege, constituitur hypotheca. *Sed fructus, quia lege obligantur sine conventionem, in causa pignoris manent: quemadmodum esset, si primus colonus eos percepisset.* Adeumdem modum Ulpianus *l. 11. §. 5. D. de pignoratitia actione*, loquens de locata domus parte, ait, in cœnaculum illata a secundo conductore, etiam obligari primo; etsi cum hoc nihil contrahatur: scilicet, quia illata in domum, locatori ipso jure sine conventionem obligantur: sed, quod observat Ulpianus, in eam dumtaxat summam in quam cœnaculum conduxit: & causatur, quod non est credibile, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulæ frivola mea tenerentur. Sed apparet, tacitam conventionem de obligandis pignori inductis & illatis in prædium urbanum juris interpretationem fingi sine contrahentium consensu: ad modum tamen conventionis quæ contrahentium voluntate regitur.

Tertium taciti pacti exemplum est in stipulatione dotis. proponit id Paulus *l. 4. §. 2. D. de pactis* his verbis. *Hujus (rei) argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset: & nuptiis non sequentis, ipso jure evanescit stipulatio. idem Juliano placet.* Hoc quoque exemplum notari dignum. non minus enim quam superius, est a primo separandum. est enim & ipsum alterius generis. sane quod continet tacitum pactum, inest stipulationi: postulante natura dotis in illam deductæ. pone: Titius stipulatur simpliciter, dotem dabis? si respondetur, dabo: pura est stipulatio, nulla expressa conditione. ita si verba spectes: non est causa, ne dos peti nequeat, non sequentis nuptiis. interim (quod Paulus ait *l. 41. §. 1. D. de jure dotium*) magis res intuentia est, quam verba. non enim potest dos sine matrimonio esse *l. 3. D. eod. tit.* quippe cum sit pecunia nuptiarum causa data: ut Varro ait *lib. 4. De Lingua Latina*. fuisse hoc opinor in Fori disputatione tractatum a Jurisconsultis, & omnium suffragiis receptum: eoque modo posse accipi hoc *l. 21. D. eod. tit. Sti-*

N n 3

pula-

pulationem quæ propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem, Si nuptiæ fuerint secutæ: & ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, Si nuptiæ, constat. Nescio, an ejusdem generis sit hoc l. 3. D. de rebus creditis, quod est ex Pomponii lib. 27. Ad Sabinum. Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriore rem qua ex eodem genere sit reddere: veluti vinum novum pro vetere. nam in contrahendo quod agitur; pro tanto habendum est: id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis & eadem bonitate solvatur qua datum sit. Optime Cicero lib. 5. Ad familiares, epist. 2. Quod ita scribis promutuo inter nos animo, quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.

Præter tria taciti pacti exempla quæ ex Paulo dedi, est quartum apud Florentinum l. 57. D. de pactis in his verbis. Qui in futurum usuras a debitore acceperit, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. Elegans hoc exemplum, & primo simile. Nempe usura (ut Isidorus ait lib. 5. Origin. c. 35. p. 931.) ab usu æris crediti nuncupata. Papinianus l. 58. §. 6. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum dicit, eam percipi propter usum medii temporis. Ambrosius autem, De Tobia c. 5. de pecunia fœneratorum ait, quod Usum requirit, ut acquirat usuram. patitur igitur creditor a debitore usuras accipiens in futurum, sibi pretium solvi pro usu medii temporis; & cum palam non paciscitur, ne interim petat sortem; præsumitur hoc facto debitori tacite consentire in usum sortis, is quoque quia haberi ab eo nequit, nisi sorte non repetita: prope est, ut creditor, sortem repetens intra tempus cujus usuras accepit, videatur facere adversus id quod actum est; & exceptione taciti pacti a debitore justa ratione removeri. Sed hoc diserte Ulpianus l. 2. §. 6. D. de doli mali & metus exceptione.

Quintum taciti pacti exemplum dabit l. 2. C. de pactis. Verba. Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse: exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. Species. Claudius ad quem rescriptum est, hereditatem ad se pertinentem vendit: ea lege, ut emptores satisfaciant defuncti creditoribus. hi creditores actiones suas movent adversus emptores: qui eas ut non cogantur suscipere, quod non sunt heredes, neque cum creditoribus contraxerunt, tamen sponte suscipiunt, mox iidem creditores (incertum, qua causa) consistunt adversus Claudium; quem vendita hereditate mansisse heredem, ideoque teneri actionibus hereditariis, negari nequit: in hoc rerum statu rogat Imperatores Claudius; an possit se adversus creditores tueri exceptione pacti, non quidem expressi; (nullum enim intervenit) sed taciti? Illi rescribunt, eum, si probet, creditores actiones suas movisse contra emptores, easque ab his spontanea voluntate esse susceptas; exceptione taciti pacti non inutiliter defendi. Qua ratione; probabili, cedo, ita sit: ut non debeant emptores inviti conveniri a defuncti creditoribus: tenentur tamen lege venditæ hereditatis, venditorem ab illis liberare. quin cessantes possunt a venditore, ut cum li-

berent, cogi actione venditi l. 2. C. de hereditate vel actione vendita. quid ni videantur creditores emptoresque instituendo suscipiendoque actiones hereditarias inter se approbasse legem venditæ hereditatis, alioquin inter venditorem, emptoresque obtinentem? demus: inquiet aliquis. qui hoc ad Claudium? nam Imperatores ei concedunt exceptionem taciti pacti adversus creditores, licet nihil ipse cum his pactus sit palam aut tacite, interim quis ignorat, pactum ab alio factum, quantumvis in rem, alii non prodesse? Sed videamus: ne hic usum inveniat, quod alibi ait Paulus, in rem pacta prodesse omnibus quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur, interfuit l. 21. §. fin. D. de pactis. ita alterius pactum alteri non profit principaliter; tamen nil vetat, quo minus ei profit per consequentiam: modo ne paciscenti quidem prodesset, si ejus commodum ad alterum non pertineret: certo, necessitatem facere jus; ubi non licet facere aliter. res exemplo fiet clarior. An quis nescit, diversas esse personas debitoris & fidejussoris? atqui ubi debitor in rem paciscitur, Ne debeatur, id pactum non debitori prodest tantum, sed fidejussori quoque d. l. 21. §. fin. propterea quod ne debitori quidem prodesset, si non prodesset fidejussori; habituro adversus debitorem mandati actionem, nisi ejus pacto adversus creditorem adjuvaretur l. 46. D. de fidejussoribus. Idem in proposito dicamus, vendita hereditate. in qua æque diversæ sunt personæ, venditor & emptores. ac si inter emptores & creditores hereditarios sit pactum tacitum, Non amplius peti; non sit pactum principaliter cum venditore; nec ei principaliter prodest. cæterum non prodest emptoribus a quibus est factum, nisi profit etiam venditori: redituro, si a creditoribus conveniatur, adversus emptores per actionem ex vendito. igitur non finit ratio tuendi fidem pacti; ne exceptio taciti pacti venditori quoque adversus creditores profit. Finita sunt aliqua, nondum omnia speciei propositæ incommoda. adhuc enim ipsum quod de exceptione taciti pacti dicti, recipit dubitationem: eo quod Pomponius l. 23. D. de solutionibus, Solutione, inquit, vel iudicium pro nobis accipiendo & inviti & ignorantes liberari possumus. Sed hoc scrupulo ipse nos liberabit Pomponius; si prudenter accipiat. non enim ait, posse nos liberari, alio solvente debitum nostrum, aut alio suscipiente actiones nostras. ait, posse nos liberari, alio pro nobis solvente, vel iudicium pro nobis suscipiente. id fit: ubi alius debitum solvit nostro nomine, vel iudicium suscipit nostro nomine. non fit: ubi emptor hereditatis suscipit actiones hereditarias. non enim is venditorem respicit, sed se. nec iudicium suscipit venditoris nomine; sed suo: quia promisit, eum liberare actionibus hereditariis, huic rei indicium: quod si non suscipit venditoris defensionem; ei tenetur actione venditi. & contra, si eam suscipit, magis gerit suum, quam venditoris negotium l. 4. & l. 9. C. de procuratoribus: ideoque eum non liberat ipso jure; sed (ut ajunt Imperatores d. l. 2) exceptione taciti pacti. quod & Papinianus l. 95. §. 10. D. de solutionibus, & Ulpianus l. 28. D. Mandati vel contra, in aliis speciebus observarunt commode.

CAPUT III.

Pratorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti, quam donationem: id est, pactionem & conventionem in specie. & quid his significetur?

Verum redeo ad Edictum. Prætor enim, cum ait, *Pacta conventa servabo*, non fuit contentus divisione taciti & expressi pacti quam exposui: sed sub his verbis adhuc duas alias comprehendit formas: una est in specie pactum & conventum: altera transactio vocatur. utramque indicat Consultatio Veteris Jurisconsulti quam suis Consultationibus præmisit Jacobus Cujacius. in ea citatur *Paulus lib. 1. Tit. De pactis & conventionibus vel transactionibus*: item ex Corpore Hermogeniano, *Titulus, De pactis & transactionibus*. Esse præterea video in Codice Theodosiano Titulum, *De pactis & transactionibus*. ea vero quid denunciant? nisi quod pactum, & conventum, in Edicto est genus: cujus duæ sunt partes: vel pactum & conventum in specie tale, vel transactio. amplius suspicor, olim unum fuisse Titulum qui in Digestis & Codice deinde a Justiniano divisus est in duos. atque ea gratia in Digestis sub Titulo, *De transactionibus*, nullum extat Edictum; sicut nec opus fuit extare: quippe cum is Titulus sit pars Edicti de pactis conventis.

Igitur, age, examinemus utramque pacti conventi formam; simul tenorem *l. 1. D. de transactionibus*: in qua nostra eget Ulpianus diligentia, nondum expositis, ut oportet, ejus verbis. Verba Ulpiani. *Qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta, neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam & indubitata liberalitate remittit*. Ita Florentiæ interpungit Taurellius, etiam Haloander. nec aliter legisse videntur Græci, *Basilic. lib. xi. tit. 2. tom. 1. pag. 770*. si vere: vix potest Ulpianus sine rubore excusari ab inepta ejusdem rei repetitione: idem significante hoc *donationis causa & liberalitate*. Ut tamen ei constaret ratio, subiit Franciscum Duarenum, *V. Cl. distinguere: Qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitata liberalitate remittit*. Ingeniose: ut ut placet Domino Vinnio, *De transactionibus c. 1. §. 6*, ea in definitione nec sic esse lat rationis. ipse quidem, non inficior, vitio humanæ memoriæ aliquando idem esse a Veteribus bis scriptum. quin memini, me, *lib. 3. Probabilium c. 10*. hujus erroris alibi convincere & Tryphoninum & Ulpianum. at in proposito religio mihi est, adspernari Duareni interpunctionem: animadverso, obligationem & donationis & transactionis causa remitti *l. 25. & l. 34. C. de transactionibus*: perindeque dici, pactum transactione interponi *l. 31. C. eod. tit.* & pactum fieri donationis causa *l. 9. D. de donationibus*. quid ni enim præmisisse hoc potuit Ulpianus *d. l. 1. & subjecisse deinde, inter utramque pacti speciem interesse*: quod qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta, neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitata liberalitate remittit? Mihi hoc fit probabile in his Fragmentis, & tamen addam, quod vel sic circumspecte accipiendus Ulpianus. nam si magis intra ejus verba subsistimus, quam ad ejus mentem atque ad rem ipsam adfurgimus: sic loqui eum apparet; quali neget, rem dubiam aut litigiosam pertinere ad

pactum quod donationis causa fit, & in specie tale appellatur. interim id falsum est, & ipsius auctoritate Ulpiani refutatur *l. 6. §. 3. D. de his qui notantur infamia*. Paulus quoque *lib. 1. Sentent. tit. 8. §. 5. clare, De rebus, inquit, litigiosis & convenire & transigere possumus*. Prudenter igitur exaudiri Ulpianum oportet: cum ait, *Qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitata liberalitate remittit*. Suaferim autem, eum sic accipi, quasi scribat, *Qui paciscitur donationis causa, etiam rem certam & indubitata liberalitate remittit*: pari ratione, qua Seneca, *De providentia c. 4. Prospera in plebem ac villia ingenia deveniunt: at calamitates terroresque mortalium sub jugum mittere, proprium magni viri est*. Seneca significat, aliquid esse ei commune cum plebe. proprium esse, quod vincit calamitates, terroresque. commune, quod prospera etiam ad plebem, vel æque ad plebem, atque ad illum deveniunt. Eodem modo Paulus *l. 1. D. Finium regundorum* ait, *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*: cum vellet dicere, quod finium regundorum actio etiam in personam est; licet alioquin sit pro rei vindicatione: esse enim mixtam actionem, Justinianus auctor est *§. 20. Inst. de actionibus*. Similiter Paulus *l. 2. §. 3. D. de rebus creditis, Creditum, inquit, consistit extra eas res que pondere, numero, mensura, continentur*. pro, Creditum consistit etiam extra eas res. Et *l. 31. §. 1. D. de usurpationibus & usucapionibus, In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur*: significans, continuum tempus etiam in mobilium usucapionibus numerari: ut apparet ex *l. 5. D. eod. tit.* Nec tantum Paulus hoc locutus modo est; sed ipse quoque Ulpianus *l. 1. §. 3. D. de pactis*: ut jam annotavi supra capite 11. Idem vel simile observavi in *l. 10. D. de usucapionibus*: ubi Ulpianus, *Et obtinuit, inquit, Sabini & Cassii sententia, traditionis initium spectantium*: pro, etiam traditionis initium spectantium: ut ex conjunctione *l. 7. §. ult. D. de Publiciana in rem actione* quæ est ex eodem Ulpiani *lib. xvi. Ad Edictum ex quo est d. l. 10*, liquere potest. Sunt igitur ex Ulpiani sententia duæ pacti & conventi formæ: una fit donationis causa, & dicitur pactum vel conventum in specie: altera transactio appellatur. prior etiam de re certa & indubitata fit: posterior tantum in re dubia, aut lite incerta neque finita. Sic Ulpianus. Nec aliter Paulus *d. lib. 1. Sentent. tit. 8. §. 5. verba Pauli. De rebus litigiosis & convenire & transigere possumus. post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet*. Paulus rem judicatam ponit pro exemplo rei certæ de qua negat transigi: at de rebus litigiosis & transigi & conveniri patitur. Non omnia adhuc dixi. præterea observandum, ab Ulpiano in *d. l. 1. litem a re distingui*: ut lis a causa separatur *l. 16. C. de transactionibus*: cum alioquin sint eadem lis, res, causa. dicitur autem Ulpiano lis quæ in judicium deducta; vel ut Varro ait *lib. 6. De lingua Latina*, quæ in controversia est. de hac vero transigi, Ulpianus finit: quia quamdiu

non est finita, incerta est ob ambigua fata causarum. sic enim vocantur *l. 14. C. de advocatis diversorum iudiciorum*. Quintilianus, *Declam. 1. Pro coeco pag. 12.* diceret, facili momento causa fata verti. Ulpianus confirmat, etiam transigi de re sive de causa dubia. est autem causa, (ut Isidorus definit *lib. 18. Origin. c. 15.*) materia & origo negotii necdum discussionis examine patefacta. Ea res sive causa sit dubia incerto conditionis ex qua pendeat futura actio *l. 1. C. de pactis*: etiam ob quam juris aut facti ambiguitatem ex qua lis, etsi nondum sit, tamen metui possit. exemplum petas licet a Cicerone, *Pro Quintio*, loco paulo post allegando. dabit & aliud Imp. Antoninus *l. 2. C. de transactionibus*, verbis sequentibus. Cum te proponas cum sorore tua de hereditate transigisse, & ideo certam pecuniam ei te debere cavisse: etsi nulla fuisset questio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cautam intelligitur: ex qua causa si fisco solvisses, repetere non posses: & si non solvisses, tamen jure convenireris. Antoninus Faber, *Vix eximius lib. 17. Conject. c. 4.* in hac lege pro fisco reponit illico. elegantissima conjectura: nisi reclamarent omnes codices: retinentes fisco, quomodo etiam legerunt olim Græci, *Basilic. lib. xi. tit. 2. pag. 77. tom. 1.* igitur nec ego recedam a constante lectione: existimans, breviter rescriptum esse ad factum in libello plenius propositum, & a Græcis non inepte effectum ad hunc modum, Fabroto interprete. Cum de hereditate sorores dua contenderent, una ex his de danda certa pecunia sorori transactionis causa pepigerat, deque ea cautionem emisserat. verum postea accidit, ut soror qua cautionem acceperat, publicaretur, vel ut sine herede decederet, ac fisco ei succederet. quæ igitur cum sorore sua transigerat, cum jam fisco solvisset ea quæ cautione continebantur, aut non solvisset quidem, sed vereretur, ne a fisco eo nomine conveniretur, Principem adiuvit, exponens, nullam ei justam cum sorore de hereditate controversiam fuisse, & frustra & sine causa interpositam transactionem, desiderabatque, ne cautam pecuniam ab ea transactionis causa exigeretur: aut certe ut repetere quod ex ea causa solvisset, ei liceret. Imperator igitur ad ejus libellum ita rescripsit. Cum te proponas cum sorore tua de hereditate transigisse, & ideo certam pecuniam te ei debere cavisse, sive in chirographum redigisse: etsi nulla fuisset questio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cautam intelligitur: ex qua si fisco solvisses, repetere non posses: & si non solvisti, jure convenireris. Sic Græci. si recte; possumus quoque carere conjectura Jacobi Cujacii *lib. 9. Observ. c. 24.* casum *d. l. 2.* concipientis de vicesima hereditatis fisco persoluta. Ut ut erit: apparet, transactionem, auctore Ulpiano *l. 1. D. de transactionibus*, partim fieri de re dubia, partim de lite incerta, neque finita.

Ne hoc quidem sufficit. plus vult Ulpianus: Qui, inquit, transigit, quasi de re dubia aut lite incerta, neque finita transigit. Mea enim sententia, utitur figura quæ Litores vocatur: per quam minus dicitur, & plus significatur. sensus ejus: Qui transigit, non vult, jus certum atque indubitatum remittere sine necessitate. hoc intendit qui in specie paciscitur, & propositum donationis habet. at qui transigit, se cogitat. sibi enim cavet: ac quia videt, sibi esse aut fore aliqua de re litem, ex eaque meruit periculum: eo cupit ejus incertum quam primum & quam minima cum molestia pactione ad certum adducere. sicut

vero intelligit, non posse se rem totam ea auferre via: ita nec vult totam perdere. agit igitur quod superest in re dubia: ut partem redimat, parte data aut promissa. is sensus verborum Ulpiani, *Qui transigit, quasi de re dubia aut lite incerta, neque finita transigit.* atque is sensus idem huic Syri apud Terentium, *Adelph. 2. vers. 32.*

Potius quam venias in periculum Sannio,

Serve ne, an perdas totum, dividuum face.

Nec alio pergit illud Petronii, *Satyr. c. 1.* Mibi plane placet emere: quamvis nostrum sit quod agnoscimus, & parvo ere recuperare potius thesaurum, quam in ambiguum litem descendere. Etiam hoc Ciceronis, *Pro Quintio*. Tunc appellat ultro Nevium, ut quoniam suspicaretur, aliqua de re fore controversiam, videret, ut quam primum & quam minima cum molestia tota res transigeretur. dat iste amicum M. Trebellium: nos Sex. Alphenum. res convenire nullo modo poterat: propterea quod hic mediocrem jacturam facere cupiebat: iste mediocri praeda contentus non erat. Differt igitur transactio a pactione & conventionione in specie: altera fit sine aliqua conditione donationis causa *l. 25. C. de transactionibus*: altera demum certa lege & conditione *l. 14. D. eod. tit.* altera igitur donatio *l. 15. §. 4. D. Locati conducti*, vel pactum aut remissio donationis causa *l. 9. D. de donationibus*, & *l. 34. C. de transactionibus*: altera remissio transactionis causa *d. l. 34.* etiam compositio vocatur *l. 6. D. Ad Sctum Turpilianum*: fere quomodo componere & donare distinguuntur apud Suetonium, *Caligula c. 40.* dicitur quoque decisio, nam & decidere pro pacisci certa lege in *l. 3. §. 1. D. Ad legem Falcidiam, l. 44. D. de pactis*, & apud Senecam, *Consolat. ad Polybium c. 30.* Pro omnium horum salute hac tecum portione fortuna decedit. Sic placet, quod in *l. 38. C. de transactionibus* cuidam Theodotioni, vel ut in aliis libris est, Theodotiano, rescripserunt Imp. Diocletianus & Maximianus, Transactio nullo dato vel retento, seu promisso minime procedit. Rescripti sensus satis convenit superioribus. plenior tamen fiet conjunctione loci integri qui est in *l. 3. C. de repudianda vel abstinentia hereditate*: nam hujus partem esse *d. l. 38.* ipsa indicant hæc *d. l. 3.* verba. Imp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodotiano. Suus heres exceptione pacti, qui testamentum injustum adseverans, postea nihil se de paterna successione petiturum, non ex causa donationis, sed transigendi animo in jure professus est: cum respuere questam nequireret hereditatem, & transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat, submoveri non potest.

Vera sunt quæ dico: ideoque audebo etiam in *l. 6. C. de solutionibus* emendare hanc Imp. Gordiani scripturam. Si inter patrem tuum, eosque quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo recuperata, universum se recepisse cavit, nec de superfluo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis causa id factum est, exuberantis debiti integra ei repetitio competit. Sic ubique editur. sed scribe meo periculo. nec de superfluo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis causa id pactum est, exuberantis debiti integra ei repetitio competit. Una turbavit litera: ea mutata, justus fit sensus qui ante erat nullus. nec opus demonstratione: apparet. eo certius: quod mendam plane similem in *l. 22. C. de negotiis gestis felicissime lib. 1. Observ. c. 7.* deprehendit Vir Summus, Cornelius van Bynckershoek, in Suprema Hollandiæ,

landia, Zelandia & Frisia Curia Senator : quem, ut meretur eximia ejus etuditio, hic honoris causa appello.

At quamquam transactio distet a pacto & convento in specie: non tamen excluditur a generali pacti & conventi appellatione. ita Prætor promittens, pacta conventa servare, non minus transactiones servat, quam donationes. quod enim facit discrimen: pacta, inquit, conventa servabo? Hoc porro obtento: inventus est effectus nedum pactiorum in specie talium; (quarum est facilis ratio: manifesta donatione) sed transactionum, nam ne ipsæ quidem, cum sunt perfectæ mutuo consensu relinquunt alterius pœnitentiæ locum l. 25. C. de transactionibus: ne statim quidem l. 39. C. eod. tit. nec velamento valetudinis corporis adversæ, si transegerit sanus mente l. 27. C. eod. tit. Non magis valet ad rescindendum pactum, quod dicatur intercessisse secunda noctis hora: cum nullum tempus sanæ mentis majoris viginti quinque annis consensum repudiet l. 20. C. eod. tit. sufficit autem Prætori, pactum conventum, id est, ut in antecessum dixi, consensum esse. Quid, si reperta dicantur instrumenta quibus liqueat, nihil aut minus debitum fuisse? nec is sufficit prætextus l. 19. C. eod. tit. certa voluntate Edicti tantum quæri jubentis, an sit pactum conventum: omissa quæstione, an debatur? magnos sane habeo auctores, Diocletianum & Maximianum d. l. 20, huc ire Edictum: cum ajunt, non esse minorem transactionis, quam rerum judicatarum auctoritatem. proinde nec a me impetro, ne probem, quod iidem Imperatores l. 23. C. eod. tit. cuidam Tatiano in hæc rescribunt verba. *Nec intentio creditorum Archimedorum, cui alios successisse profueris, si obligatus pro eo non fuisti, tenere te potest: sed hoc integro negotio tractari convenerat: nam cum jam quæstionem transactione decisam, & a te dari placitam, numeratam pecuniam proponas: huiusmodi indebiti soluti prætextu, improbe tibi petitionem decerni postulas: cum etsi tantum in stipulationem fuisset deducta, indebiti promissi velamento defendi non posses.* Si tamen ex falsis instrumentis initæ fuerint transactiones vel pactiones: non impedit ratio, revelato deinde falso, ne retractari possint optimo jure l. 42. C. eod. tit. quando & judicati executio solet suspendi, & soluti dari repetitio: si falsis instrumentis circumventam esse religionem judicantis, manifestis probationibus fuerit ostensum t. t. C. *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis judicatum sit.*

Aliquis putet, hæc belle procedere in pactis donationis causa factis. quem enim prohiberi, si velit, suum jactare? at iniquum esse in transactione. ad quam neminem venire; ut liberalitatem exerceat: sed ob metum litis, vel ob rei incertum: id est, quodammodo necessitate. proinde si constet, postea repertis instrumentis, nil esse actori debitum, cum ei aliquid esset concessum; vel plus esse datum, cum minus deberetur; vel minus, cum plus deberetur: quid causæ esse, cur servandum sit pactum conventum; curve indebite datum aut promissum, ubi non debeat, ibi manere debeat: jam manifesto errore? Fuerit tamen rationis, vel transactionem bona fide factam, cum aut lis esset, aut metus litis, numquam rescindi; nec magis ex ea datum repeti: ne repertis quidem postea instrumentis quibus liqueat, nihil aut minus debitum fuisse: volente utilitate tuendæ pacis, utcumque servari pacta conventa quibus lis sine dolo malo finiatur l. 10. C. de transactionibus. Atqui

nulla fuit res media. Demus, ante transactionem. at post eam non est ita. quod enim ex ea datur aut promittitur, non datur aut promittitur sine causa: non enim datur, quasi debitum solvatur; sed hac lege, ut a lite discedatur. datur igitur ob rem; id est, ob causam, non præteritam, sed futuram, ipsam probam, atque etiam sequutam; ideoque nec revocari, tamquam indebitum, oportet l. 65. §. 1. D. de conditione indebiti.

Idem esse, si de incerto conditionis transigatur, Severus & Antoninus opinantur l. 1. C. de pactis, verbis sequentibus. *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventionem finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis, Ut, si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni restitueret: pactum eo tempore de sextante (Licinio) Frontoni dando, cum liberos Philinus non sustulerit, interpositum, non idcirco potest iniquum videri; quod facta (sicut placuit) divisione diem suum, te filio ejus superstite, junctus esset.* Fac: (exponam enim speciem) aliquis habens duos filios, alterum Philinum nomine, alterum Licinium Frontonem; utrumque heredem instituit; & Philinum rogat: ut, si vita decedat sine liberis, partem suam Licinio Frontoni, fratri suo, restituat. id fideicommissi onus cum alteri molestum, utrique incertum videretur: placuit eis, (quod jure licebat l. 46. §. 1. l. 21. §. 4. D. de pactis) de fideicommissi conditione transigere: ejusque transactionis lex fuit; ut Philinus Licinio Frontoni daret sextantem oneratae partis; & contra Licinius Fronto petitioni fideicommissi in totum renuntiaret. hac lege facta divisione: natus est Philino filius, similiter Philinus patris nomine vocitatus; ut ex Inscriptione d. l. 1. intelligitur. is filius cum suo esset superstes patri, Principes adiit per libellum petens, transactionem rescindi; & a patruo sibi restitui sextantem: quod causatur, patrem suum non videri, se superstite, sine liberis decessisse l. 148. D. de verborum significatione: ac sextantem a patre datum patruo, ut a fideicommissi petitione desisteret, ab eo sine causa, eoque inique retineri: non enim existente fideicommissi conditione, non fuisse fideicommissum quod ab eo remissum intelligi possit. Sic Philinus. quid Imperatores? duplicem esse inspectionem: unam eventus rei, alteram consilii transigentium: posteriorem autem ad rem pertinere, priorem non pertinere. etsi enim concedatur, defecisse fideicommissi conditionem, Philino filio patri suo superstite; ideoque nullum patruo futurum fuisse jus retinendi sextantis, si nulla esset subsecuta transactio: tamen quia poterat Philinus sine liberis decedere, eoque existere fideicommissi conditio: suas illis fuisse rationes non iniquas; cur tum vellent fideicommissi incertum aliqua finire lege: interfuisse enim eorum, id fieri; partim, ut certum fieret utriusque jus quod ante erat incertum; partim, ut retineretur concordia: altero deinceps nihil improbe captante: altero nihil metuente. utcumque igitur potuisset rei exitus carere transactione, si non esset facta: interim justam ab initio causam, cur fieret: ideoque neque ipsam, postquam facta est mutuo consensu, tamquam iniquam rescindi, neque sextantem ex ea datum repeti oportere: esse enim datum ob rem futuram, nec inhonestam, atque etiam sequutam. Sic Severus

verus & Antoninus *d. l. 1.* quibus & alii Imperatores in simili facto assentiuntur *l. 16. C. eod. tit. § l. 11. C. de transactionibus.*

Fit igitur transactio, ut ex Ulpiano dictum supra, si res dubia sit, aut lis incerta, neque finita. quid, si res certa, aut lis finita sit, verbi gratia, re judicata? jam donari potest, transigi non potest; ac si transigatur, non servari transactionem, Paulus refert *lib. 1. Sentent. tit. 8. §. 5*: nisi quod Ulpianus animadvertit *l. 11. D. de transactionibus*, quæ est ex ejus *lib. 14.* Ad Edictum, aliqua possit post rem judicatam lis esse: sive quod appellatum ab ea est; sive quod negatur, judicatum esse; vel ignoratur, an judicatum sit; sive quod ab ea appellari potuit *l. 7. D. eod. tit.* cæterum si nulla lis esse possit: etsi donatio fieri possit; (cum nemo prohibeatur suum jactare) tamen transactio quasi de re dubia fieri nequit: ac si fiat, eam nullius momenti esse, solumque repeti posse, Imp. Antoninum cum D. patre suo rescriptisse, Ulpianus ait *l. 23. §. 1. D. de*

condictione indebiti: evidente jam vexatione; quam Veteres calumniam appellant *l. 233. D. de verborum significatione.* nam etsi promittat Prætor, servare pacta conventa: tamen dolo malo facta, non servat. Atque id nescio, an Paulus velit *l. 65. §. 1. D. de condictione indebiti.* verba Pauli Florentiæ ita eduntur. *Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. sin autem evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.* In aliis libris est, *& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur.* Longe melius. forte scriptum erat, *& transactio imperfecta Est repetitio dabitur.* iisque Siglis significabatur, *& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur.* Sed Librarius parum animadvertens ad majusculas literas, & rationem geminandi eas, voculam

et posteriore loco o-

misit.

* *

C A P U T IV.

Pratorem in hoc Edicto servare pacta conventa in rem, & in personam. & qua illa?

Apparet igitur, Prætorem, cum ait, *Pacta conventa servabo*, æque tacita pacta atque expressa servare: nec minus donationes, quam transactiones. sed nec refert ejus, utrum pacta sint in personam, an in rem: ut enim dixi, generaliter ait, pacta conventa servabo: nec ea quæ in rem sunt, ab his quæ in personam sunt, distinguit. porro ait Ulpianus *l. 7. §. 8. D. de pactis*, In rem pacta esse, quoties generaliter paciscor, ne petam; id est, ne ab ullo petam: in personam autem, quoties, ne ab una & certa persona, verbi gratia, Lucio Titio petam. Est vero notabilis hic ejus distinctionis effectus: ut in rem pactum profit omnibus quorum dissolutam esse obligationem, ejus qui paciscebatur, interfuit *l. 21. §. ult. D. eod. tit.* in personam pactum dumtaxat profit ei cum quo factum est. Hoc Paulus observat *l. 17. §. 3. D. eod. tit.* verba Pauli. *Si quis paciscatur, ne a se petatur, heredi exceptio non proderit.* Sic legendum, expunctis verbis, *sed ut ab herede petatur*: quæ sunt otiosa; & desunt in editione Papiensi Vintimillii anni 1548: apud Russardum autem & Charondam hemicyclis includuntur tamquam suspecta. Eodem modo legendum *l. 22. D. eod. tit.* *Nisi hoc actum est*, ut dumtaxat a reo non petatur: *tunc enim fidejussor exceptione non utetur.* Nam verba, *a fidejussore petatur*, quæ in plerisque editionibus adduntur, similiter hemicyclis includuntur apud Russardum & Charondam; in Vintimillii autem editione desiderantur. cæterum esse & hic cautione opus, Ulpianus putat *d. l. 7. §. 8*: plerumque enim fieri inquit, ut persona pacto infera-

tur: nec tamen personale pactum sit: ut si ideo fiat personæ mentio, ut demonstretur cum quo pactum fiat. exemplum apud Papinianum *l. 40. D. eod. tit.* Tale, inquit, pactum, Profiteor te non teneri, *non in personam dirigitur, sed cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habet.* Proinde placet quod Ulpianus *d. §. 8. l. 7.* addit, *Utrum in rem, an in personam pactum factum sit, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium æstimandum esse.* Tantum monendum, quod præpostere loquitur Ulpianus. fuerat dicendum, *non minus ex mente convenientium, quam ex verbis.* Nihil tamen mutandum sunt enim frequentes Veteribus tales Hysterologiæ: atque ideo explicatione, non emendatione adjuvandæ. vix opus exemplis. adduxit aliquot Russardus ad *d. §. 8. l. 7.* & Cujacius *lib. 3. Observ. c. 5.* quibus de meo addo *§. 12. d. l. 7.* de quo §. post suo loco. Vult igitur Ulpianus, utrum pactum sit in rem, an in personam, ex paciscentium verbis intelligi: nisi appareat, contrariam fuisse eorum mentem: tunc enim verba cedere menti. quod si nulla sint argumenta pro contraria mente; verbis standum esse. si tamen dubium sit, utrum in rem, an in personam pactum factum sit: magis in rem, quam in personam pactum intelligitur *l. 57. §. 1. D. de pactis,*

& l. 9. D. de probationibus.

* * *

CAPUT V.

Cum a Pratore petitur servari pactum conventum ; probari oportere, esse inter eos inter quos agitur , ac de re qua de agitur , consensum. Utriusque generis exempla pulchra & difficilia.

Tempus est faciendi finem interpretationi verborum Edicti, *pacta conventa*. satis enim ostendi, propositum esse Prætori, servare omne plurimum in idem placitum & consensum. saltem monebo, oportere, ut servetur pactum conventum, esse inter eos inter quos agitur, & de re qua de agitur, consensum nam tum demum apparet pactum conventum a Præatore servandum. Possit hoc alicui levius videri, quam ut notari opus sit. Sed alia fuit sententia Pauli l. 27. §. 4. in fine D. de pactis, momentis, *Ante omnia animadvertendum esse, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.* Recte: nam potest frequens esse dubitatio, an sit pactum conventum. placebunt species quas adferam.

Primam dabunt hæc Ulpiani verba l. 9. D. de transactionibus. *Qui cum tutoribus suis de sola portione administrata tutela sua egerat, & transegerat: adversus eosdem tutores ex persona fratris sui cui heres extiterat, agens, præscriptione facta transactionis non summovetur.* Duo fratres impuberes eosdem habent tutores. alter pubes factus, adversus tutores suos egit actione tutelæ de portione administratæ tutelæ suæ: & de ea cum his transegit. idem deinde frater, altero mortuo, cum ei heres existeret, actione tutelæ experitur adversus eosdem tutores, tamquam heres fratris, & de ejus portione. tutores eum summovent præscriptione transactionis: præfati, se cum eo transexisse de actione tutelæ; & servandum esse a Præatore pactum conventum, optimo jure: si suo nomine, & de sua portione experiretur. nunc tutelæ agit; sed fratris nomine, & de ejus portione: de qua adeo non transegit; ut de ea ne cogitarit quidem; quod non esset ejus. non igitur debet de una portione conventum, porrigi ad alteram de qua non est cogitatum. ita Ulpianus: & pro ratione subjicit §. 1. d. l. 9, quod transactio quæcumque sit, de his tantum de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. At in alia abit Scævola l. 122. §. ult. D. de verborum obligationibus. verba Scævolæ *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, & caverunt sibi, nihil se contra eam divisionem facturos: & si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit. post mortem alterius: qui supervixit, petit ab heredibus ejus hereditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictæ debitam. & adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset.* Quæsitum est, an pœna commissæ esset? Respondit, pœnam secundum ea, quæ proponuntur, commissam. Sed videamus; ne speciale jus faciat Judicis sententia, etsi erronea. proponuntur duo fratres a patre heredes instituti, & invicem rogati; ut si quis eorum sine liberis moreretur, ejus portio alteri restitueretur. mortuo patre, dividunt hereditatem fratres: subjecta clausula, Nihil se contra eam divisionem facturos; & si quis contra fecisset, pœnam alteri promisit. Uno sine liberis mortuo, ab eoque extraneis heredibus institutis: is qui supervixit, ab heredibus petit hereditatem, quasi debitam ex causa fideicommissi, sibi a patre

relictæ. heredes se tuerentur exceptione transactionis: quod dicunt, de hoc fideicommissio esse transactum divisione hereditatis. & secundum exceptionem pronuntiatum est sententia Judicis. quæritur, an debeat pœna ex stipulatu? si veritatem spectamus: non debetur pœna; promissa non simpliciter; sed sub conditione, si contra divisionem fecisset frater. is vero nihil fecit contra divisionem. fateor: petiit fideicommissum sibi a patre relictum. at contra divisionem facere non est petere debitum fideicommissum: verum facere contra id quod est divisione actum. hac porto placuit, ut a rerum hereditariarum communione abiretur l. 1. D. Familia erciscunda: non item; ne suo tempore portionem hereditatis restitueret qui rogatus sit eam restituere. non igitur videtur transactione divisionis remissa esse fideicommissi restitutio. At enim cæpit cujusque proprium fieri quod cuique obtigit divisione: fideicommissi autem petitio suum cuique aufert. Sit ita: addixerit suum cuique divisio: fecit tamen suum uniuscujusque, non absolute, sed cum onere restitutionis, existente fideicommissi conditione l. 77. §. 18. D. de legatis lib. 2. non igitur potest commissæ videri pœna, ob fideicommissi petitionem: qua nihil est actum adversus divisionem. Sic: si rem spectamus. Quid Scævola? aliam tenuit viam. qui potuit? puto, quia pronuntiatum fuit sententia Judicis, quasi de hoc quoque transactum fuisset. at erravit Judex. nemo negat. interim res judicata pro veritate habetur. igitur si in divisione sit de fideicommissio transactum, si non sit; tamen postquam pronuntiarum est, transactum esse; deinde non fuit quærenda veritas, ad rem jam nihil pertinens: recteque respondit Scævola, pœnam secundum ea quæ proponuntur, esse commissam.

Non minus pulchra est secunda Ulpiani species in his verbis l. 9 §. ult. D. de transactionibus. *Ei qui nondum certus, ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversariis pacto transegit; tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur.* His tantum transactio obest, quamvis major annis viginti quinque eam interposuit, de quibus actum probatur. nam ea quorum actiones competere ei postea compertum est, iniquum est perimipacto id de quo cogitatum non docetur. Species. Erant complures causæ inter Titium & Sempronium dubiæ, de omnibus facta transactione, placuit adversus eam nihil fieri propter causas ex quibus hactenus lis nasci possit. (non extat illa clausula in verbis d. l. 9. §. ult. sed ex ejus tenore intelligitur) mox apparuit, Titium esse patris sui testamento exheredatum, scripto herede Sempronio, ab eoque aditam esse hereditatem. Titius agit querela inofficiosi testamenti. quæritur, an ei noceat exceptio transactionis? pro Sempronio stat transactio de omnibus causis quæ erant inter eos dubiæ: nec ambigitur: quin ex his sit querela inofficiosi testamenti Titio delata: adita post patris mortem hereditate. contra facit: quod Titius de querela, etsi ea competente, non erat certus tempore transactionis;

nis: adhuc non intellecta patris morte, quid Ulpianus? putat, Titio nocere pacti exceptionem: sed dumtaxat in causis de quibus actum sit inter eum & Sempronium. at ex his causis non esse querelam qua de quaeritur, quia nondum innotuerat Titio: qui nondum resciverat, mortuum esse patrem suum, seque ab eo esse exheredem scriptum. non igitur debere Titio agenti querela inofficiosi testamenti, nocere exceptionem transactionis: quia non videtur Titius de querela transigisse, de qua non consensit: quia de ea non cogitavit. & commodè Ovidius lib. 3. *Artis amatoria*.

Quod latet, ignotum est: ignoti nulla cupido.

Sed diligenter animadvertendum, quid sit id de quo transactum sit, sæpe enim fit; ut sit transactum, ubi non videtur transactum esse: & vice versa; ut non sit transactum, cum putatur esse transactum. Exemplum in l. 29. *C. de transactionibus*. Verba ejus sunt. *Sub prætextu specierum post repertarum: generali transactione finita, rescindi prohibent jura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constituta, nihil potest nocere.* Titius cum Sejo transigit de genere, sive de re cujus appellatione multæ continentur species, qualis est hereditas, verbi gratia, placuit, ne petatur. procul dubio fit adversus transactionem; si deinde hereditas, id est, si genus, sive universitas petatur. nec minus, si petatur aliqua ejus species, cum enim genus constet ex suis speciebus, sicut totum ex suis partibus; & omnes veniant generis, sive totius appellatione: tam fit adversus fidem transactionis, si aliqua petatur species, quam si totum petatur genus. transacto ergo de genere, ne petatur; actum est, ne de ulla ejus specie aut parte agatur: periinde ac si omnes essent nominatim enumeratæ. utique si fuerint tum, cum transigeretur, notæ. probabile enim est, consensum esse de his quæ apparebant, & poterant sub cogitationem cadere. sed quid, si post innotuerit aliqua ante ignota? forsan dubitari possit. an enim est transactum de re de qua non fuit consensus? & qui potest videri consensum de re de qua non fuit cogitatum eo, quod ignorabatur? suffecerit tamen, esse de genere cogitatum; ut de eo, singulisque ejus speciebus, transactum esse intelligatur. cum enim species sit pars generis: quisquis de genere cogitat, (nisi ignorat quæ omnes homines sciunt) etiam de speciebus cogitasse se, negare vix potest. ac proinde si de genere transigit, nisi quid specialiter excipiat, de omnibus generis speciebus, tamquam ejus partibus, cum transigere consequens est: sive notæ fuerint, sive incognitæ. quando, ut præclare Imperatores d. l. 29. *Sub prætextu specierum post repertarum: generali transactione finita, rescindi prohibent jura.* ac secundum hæc jam ante Scævola respondit l. 78. §. fin. *D. Ad Sclum Trebellianum*. Non tamen est hoc sine temperamento accipiendum: si præsertim eosdem audimus Imperatores in sequentibus verbis d. l. 29. *Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constituta, nihil potest nocere.* Species hæc sit. Sejus hereditatem possidet pro herede, eam hereditatem Titius suam esse intendit. Gajus ex ea rem aliquam possidet. eo fit, ut Titius eam rem Gaji esse per errorem opinetur. Titius cum Sejo transigit de hereditate. deinde ad Sejum devenit res a Gajo possessa, hanc nunc Titius suam esse vindicat. Sejus se tuetur exceptione pacti conventi: quod dicit, se cum Titio transigisse

de hereditate in qua ea res fuerit. quæ ritur, an ea exceptio Titio obstat: si eam rem, quam tempore transactionis Gaji esse ideo arbitratus est, quod tum apud Gajum esset, vindicet, postquam eam recepit Sejus? Sed non putant Imperatores, obstat. Atqui rescindi nequit generalis transactio: ne sub prætextu quidem speciei post repertæ. Esto: at non ideo hic rejicitur ea exceptio quod transactio rescinditur: sed quod non est transactum de re quæ petitur: quia de ea non est cogitatum tempore transactionis. Titius tamen transigit de hereditate: eoque de omnibus rebus hereditariis: hæc vero est hereditatis, sed Titius non putavit, esse hereditatis. ergo de ea non transigit: quia de ea non cogitavit. Sic illi recte. Et si mirari lubeat, cur putent, Titium magis de re, quam esse nescivit, transigisse, quam de ea quam esse sciebat, sed hereditariam esse, non putabat. Nisi potest adferri ratio: quod nil vetat, ignorantem quid in hereditate sit, si velit, de tota hereditate transigere, atque ea lege: ne deinde agat, qualiscumque tandem res emergat hactenus incognita. hoc vero fieri quia ratio patitur; convenisse in primis generaliter transigentem, verborum latitudo ostendit, & utilitas tollendarum litium admittit. at cum certum est, Titium rem qua de agitur, pro hereditaria non habuisse: apparet, eum de ejus renunciatione tempore transactionis non cogitasse: quippe cum transigerit tantum de hereditate, in qua hanc rem esse non putavit: certa porro voluntate atque animo, quid opus verbis, saltem ad significandam animi voluntatem inventis? Non tamen hoc temere admittunt Imperatores d. l. 29. certe non alias, quam si hæc res quæ ex hereditate est, tempore transactionis apud alium fuerit extra transigentes: eo quod hoc demum modo sit probabilis Titii error: nemine eum reprehensuro, quod non inquisiverit in rem in quam non cadebat suspicio, esse hereditariam. cæterum, si possideat eam alter paciscentium, sive is sit petitor, sive reus: aliter dicendum est: quia illo casu rem suam nosse actor potest: hoc non habet causam, cur minus putet, eam hereditatis esse, quam cæteras quæ a reo possideantur.

Paris elegantia est Rescriptum l. 31. *C. de transactionibus*. Verba. *Si de certa re pacto transactionis interposito hoc comprehensum erat, nihil amplius peti: etsi non additum fuerat, eo nomine, de cæteris tamen questionibus integra permaneat actio.* Species. Inter Titium & Proculum pendent complures sive res sive lites, de certa re, id est, de una nominatim re, fit inter eos transactio, pacto interposito, Nihil amplius peti; nec addito, eo nomine, petitur deinde actio de cæteris questionibus: an potest ea elidi exceptione pacti conventi? movet, quod in pacto transactionis generaliter dictum est, Nihil amplius peti. contra movet, quod de cæteris questionibus non est cogitatum. omnis autem transactio consensu finitur. placet igitur Diocletiano & Maximiano, de quibus non est cogitatum, de his non esse transactum quia de his non est consensus. Atqui dictum, Nihil amplius peti: idque verbum in infinitum patet. Sic tamen explicandum: ne latius, quam consensus sit, evagetur. Ita inspicientibus transigentium animum, (nam omnis pactio & conventio magis eorum animo regitur, quam verbis) perinde erit, ac si dictum esset, Nihil amplius eo nomine peti. atque hoc esse civili jure receptum

tum olim tradidit Papinianus *lib. 1. Definitionum*, ex quo in *l. 5. D. de transactionibus* hæc extant verba. *Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio Prudentum fregit.* Merito suspensus est hic locus: cum enim Papiniani sermo est de transactione cui subiecta est stipulatio Aquiliana, & mox acceptilatio: quis usus vocis, *liberalitatem*? nulla transactioni communione cum liberalitate: a qua distat toto cælo *l. 1. D. eod. tit.* magis potuit Papinianus cogitare de liberatione quæ contingat per stipulationem Aquilianam & secutam mox acceptilationem. igitur accedam Petro Fabro ad *l. 28. D. de regulis juris*, pro *liberalitatem* restituenti *liberationem*. quod & placuit Arnoldo Vinnio, *De transact. c. ult. n. 16.* Nempe potest transactio fieri nudo pacto: etiam stipulatione Aquiliana, insequente mox acceptilatione: si reus malit liberari ipso jure, quam pacti conventi exceptione. Aquiliana enim stipulatio novat & perimit præcedentes obligationes; atque ipsa rursus acceptilatione perimitur *l. 4. D. eod. tit.* illa porro vel in speciem concipitur, vel generaliter. sic factum ab Aquilio Gallo *l. 18. §. 1. D. de acceptilatione*. priore casu dumtaxat una novatur ac tollitur species expressa; posteriore novantur omnes præcedentes obligationes, eæque mox per acceptilationem tolluntur: utique, si id actum sit *l. 6. §. 7. D. eod. tit.* alioquin ad eas de quibus non est cogitatum, non pertinet. atqui, inquires, generalis est stipulationis Aquilianæ sermo. Sed consensu regitur, sicut pactum, atque etiam stipulatio *l. 1. §. 3. D. de pactis*. porro non est consensus, nisi volentis atque intelligentis; cum sit animi actus. tantum igitur veniunt in Aquilianam stipulationem, etsi verbis latissime diffusam, obligationes de quibus cogitatum est: quia in has demum consensum est: ceteræ in suo statu manent. & est observandum, quod Papinianus *d. l. 5.* subicit: *Liberationem enim captiosam interpretatio Prudentum fregit.* sic legendum: ut dixi, sensus, Prudentum interpretatio in Fori disputatione, in qua ea res vertebatur, infirmavit, compescuit, inhibuit, vim formulæ, qua infinita liberatio ad captionem seu læsionem imprudentum hominum, contra eorum voluntatem, facile contingeret.

Aliud exemplum est in his Scævola verbis in *l. 3. §. 1. D. de transactionibus*. *Cum transactio pro-*

pter fideicommissum facta esset, (§) postea codicilli reperti sunt: quæro, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? Respon-
du, debere. Ecce: testamento filii relictum est ejus matri fideicommissum certæ quantitatis. de eo fideicommissio mater transegit cum scripto herede, postea repertis codicillis, intellectum est, matri plus esse relictum, quam testamento fuerat expressum. quæritur, an quanto minus ex transactione consecuta mater fuerit, quam pro parte sua est, id propter codicillos ex fideicommissi causa consequi debeat? Scævola placuit, debere. Nec est: quod videatur ipse sibi contradicere *l. 78. §. fin. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum*. est enim alia ibi species, quam in *d. §. 1. l. 3.* nam in *d. l. 78. §. fin.* facta fuit transactio de fideicommissio hereditatis testamento datæ: quæ non potest rescindi eo, quod reperta deinde sint instrumenta quibus liqueat, eam hereditatem esse ampliorem, quam initio credidissent partes: cum utique de hereditate transegerint: ut jam supra demonstratum, verum in *d. l. 3. §. 1.* est quidem transactio facta de fideicommissio in testamento relicto: sed reperti deinde sunt codicilli, quibus præterea aliud est relictum fideicommissum, de quo non fuit tempore transactionis cogitatum: quia non erat eo tempore cognitum. ac jam quæritur, an transactio facta de testamentario fideicommissio ad codicillare porrigatur? possit quis dubitare: eo quod codicilli quodammodo habentur pro parte testamenti *l. 14. D. de jure codicillorum, l. 11. D. Testamenta quemadmodum aperiantur*: & qui de testamento transigit, intelligitur de omnibus ejus partibus transigere. sed servanda est interpretatio Celsi *l. 12. D. de transactionibus*, eam difficultatem sic attemperantis. *Non est ferendus qui generaliter in his quæ testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur, de eo solo cogitasse quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferantur: non improbe mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat se cogitasse quod illarum tabularum quas tunc noverat, scriptura contineretur.* Florentiæ a Taurellio sic editur, *d. Eo solo cogitasse quod prima.* Scribo, *d. Eo solo cogita SE quod prima.* Id significat, de eo solo cogitasse se quod prima. Hoc sensus exigit; & sic paulo post loquitur Jurisconsultus,

CAPUT VI.

Prætorum pacta conventa in hoc Edicto non actione servare, sed exceptione; (§) esse ei sermonem non de quibusvis pactis, sed de his quibus agitur, Ne petatur. ea Prætoris mens unde conjiciatur: cum latissima sint ejus verba. Ulpianum in Edicti interpretatione enumerare omnia pactiorum genera: cum Prætor agat de pactis nudis, Ne petatur. (§) quæ sit ejus rei ratio?

Hactenus ostendi, verba, *pacta conventa*, in Edicto patere late. deinceps disputabo, quid velit Prætor: cum ait, *pacta conventa servabo*: non enim liquet, quomodo ea servet: utrum tantum exceptionibus, an etiam actionibus. Dices: utrisque utitur in judicio familiæ eriscundæ, aut communi dividundo, adjudicationes ab arbitro

factas tuiturus *l. 44. §. 1. D. Familia eriscunda*. at hoc etsi illic agat Prætor, invitante ratione: hic non agit, non est enim illi negotium in hoc Edicto, qualiacumque pacta conventa qualicumque modo servare. In infinitum tamen patent Edicti verba, *pacta conventa servabo*. Memini. sed finienda illa amplitudo est destinatione Prætoris, saltem

tem volentis adjuvare Legem Duodecim Tabularum: quæ, ut supra dixi, locuta fuit de pactis, quibus agitur, Ne petatur: neque tamen omnibus, sed legitimis & solemnibus. motus igitur Prætor æquitate exempli, hoc Edicto cætera confirmavit pacta quæ sine lege constarent ex conventu; modo similiter ad tollendam litem pertinerent: sine dubio, ut actionem Juris Civilis, propter fidem pacti, exceptione excluderet: non etiam, uti pactum nudum actione tueretur. alterum suadebat utilitas minuendarum litium. alterum impediabat metus augendum. id intelligitur his quæ supra attuli. potest tamen & Regula Juris, & ordine Edicti perpetui confirmari. Primum Regula. sic ab Ulpiano vocatur *l. 7. §. 5. D. de pactis*. ea Regula definit, pactum nudum neque parere, neque tollere actionem; sed parere, neque tollere actionem; sed parere exceptionem. *d. l. 7. §. 4.* unde? nisi ex Edicto quo de agimus. Hoc eo verius: quia huc pergit quoque ordo Edicti perpetui. in quo Edictum de pactis conventis fuit medium inter Edicta de edendo, & de in jus vocando. indicium: quod Paulus lib. 3. Ad Edictum egit de edendo, & de pactis: libro autem 4 de in jus vocando. similiter Ulpianus libro 4 Ad Edictum explicuit Edicta de edendo, & de pactis: libro autem 5 Edictum de in jus vocando: apparet ex Inscriptionibus Fragmentorum Pauli & Ulpiani sub singulis Titulis. Sit ita. quid sequitur? quod dixi, Edictum de pactis, etsi verborum adspectu videatur agere de quibusvis pactis: tamen ejus mentem quærentibus, tantum ad pacta nuda referri: ipsa quoque

non alia, quam quæ in jus vocationem prævenire aut finire possint.

Non me confundit, quod Ulpianus *l. 1. l. 3. §. 1. 7. D. de pactis* in expositione hujus Edicti non modo pacta conventa quæ de non petendo sunt, tractat: sed etiam alia. aut enim fallor, aut voluit Ulpianus, in pacti definitione sequi Veterum præceptum. cuius meminit Cicero, in *Topicis* §. 13 sic scribens: *Veteres præcipiunt, cum sumpseris ea quæ sunt ei rei quam definire velis, cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficitur, quod nullam in aliam rem transferri possit.* Sed non fallor, sequutus hoc præceptum Ulpianus; cum primum in *l. 1. D. de pactis* dixisset, pactum conventum esse duorum vel plurium in idem placitum & consensum; hoc est, cum sumpserit ea quæ sint illi cum cæteris conventionibus communia: deinde instituta varia conventionum divisione, inchoatam definitionem usque adeo persequutus est; dum efficeret propriam: quæ non posset in aliam rem transferri, eoque actionem neque pareret, neque tolleretur, sed ad exceptionem tantum proderet. divisit enim conventionem in publicam & privatam: privatam autem in legitimam & juris gentium: hanc rursus in nudam & non nudam: id est, in eam cui causa subest, & cui non subest causa: illam cui causa subest, in contractum vel nominatum vel innominatum: denique subsistit in ea quæ nuda est, & cui non subest causa. unde propriam pacti conventi formam & differentiam quæ huc spectat, accipi oportet. De singulis videamus.

CAPUT VII.

Conventiones alias esse publicas, alias privatas: & has rursus esse Juris gentium, vel legitimas. quæ conventio sit publica aut privata?

PRIMA conventionum divisio proponitur ab Ulpiano *l. 5. D. de pactis*, his verbis. *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa sunt, aut ex privata. (privata) aut legitima aut juris gentium. publica conventio est quæ sit per pacem, quoties inter (se) duces belli quadam paciscuntur.* Ita Florentiæ. ac non caret difficultate, & quidem duplici. una est, quod Ulpianus facit species conventionum tres. cum enumeret duas; publicam, & privatam. altera difficultas est, quod privatam conventionem subdividit in legitimam & juris gentium: perinde quasi publica conventio ad jus gentium non æque pertineat. at Isidorus lib. 5. *Originum* c. 6. ait, *Jus gentium esse, sedium occupationem, edificationem, munitionem, bella, captivitates, servitutes, postliminia, fœdera pacis, inducias.* Apud Livium quoque lib. 9. c. 11. Pontius, *Hoc, inquit, fide, hoc fœderibus, hoc fœcialibus cærimonis dignum erat, ut tu quidem quod petisti, per pacem habebas tot cives incolumes, ego pacem quam hosti tibi remittendo pactus sum, non habeam? hoc tu A. Corneli, hoc vos fœciales juris gentibus dicitis?* Sed videamus, quid remedii utrique malo adhiberi suadeat ars nostra. initium faciam a posteriore. in quo Ulpianus simili utitur ratione quam est sequutus in *l. 1. §. 2. D. de justitia & jure*. ait ibi, *jus omne vel publicum vel privatum esse: & privatum colligi ex præceptis naturæ, gentium, & civilibus: nec interim de publico, licet ex iisdem proficiscatur fontibus, adjicit quidquam: puto, quod in Institutionum libris ex quibus desumptus est is lo-*

eus (ut ex Inscriptione disci potest) supervacua erat divisio juris publici: quippe cum non ejus, sed privati, juris expositionem in Institutionibus sibi propoluerat. Sic Ulpianus in *d. l. 1. §. 2.* Quid in *d. l. 5?* eandem tenuit viam: primum conventiones divisit in publicas & privatas: deinde privatas rursus in legitimas & juris gentium: non quod nollet publicas esse Juris Gentium. non etiam quod negaret, eas fieri certa forma: clare enim Livius *d. loc.* in fœderibus meminit Fœcialium, & fœcialium cærimoniarum: sed quod non putaret, eas pertinere ad interpretationem Edicti, tantum de privatis conventionibus propositi. Aque ut in posteriore parte non culpo Ulpianum: sic habeo causam eum excusandi in prioribus: est enim una adhibenda cautio; ut verborum divisio a rerum divisione separaretur. nam Ulpianus, si quidem ad ejus verba advertatur, tres facit conventionum species, quarum duas enumerat, alteram subdividit: si vero ad rem attendatur, verba adfert quatuor: scilicet conventiones publicas, privatas, legitimas, & juris gentium: res non plures, quam tres: puta, conventiones publicas, legitimas, & juris gentium: quemadmodum si dixerō, res esse aut corporales aut incorporales; & corporales rursus aut mobiles aut immobiles: verba posuero quatuor; res non plures, quam tres: scilicet, mobiles, immobiles, & incorporales: quarum enarratio fit in *l. 13. §. 2.*

§. 2. D. de re judicata, & l. 7. §. 4. D. de peculio, omiffa corporalium mentione: eo quod res mobiles & immobiles sunt corporales. Non igitur carpenda hæc Ulpiani divisio: Conventio est triplex; alia publica, alia privata; privata autem vel legitima, vel juris gentium. nec est alius hujus divisionis sensus; quam si diceret, conventionem esse triplicem, vel publicam, vel legitimam, vel juris gentium: desumpta distributione ab ipsa rerum differentia. sicut enim res sunt vel publicæ vel privatæ; sic conventio est vel publica vel privata; alia ad statum rei Romanæ, alia ad singulorum utilitatem spectans. nec est, cur rursus privata non in legitimam & juris gentium subdividatur: quia aliqua novam formam accipit a civili jure: aliqua non accipit; sed simplicitatem juris gentium retinet. Sed de divisione conventionum vel nimis. videamus de partibus. prima est conventio publica. quæ (ut Ulpianus ait in d. l. 5) fit per pacem, quotiens duces belli quadam inter se paciscuntur. Ita Florentiæ extat, æ Haloander edit, quæ fit per Principem, aut quotiens. Nata ea varietas (ut mihi videtur) ab ambiguo intellectu Sigli P. quod & Pacem & Principem significare, ex eo liquet, quod Valerius Probus has Notas, O. P. F. exponit, optimo Principi fecit. Petrus etiam Diaconus illa Sigla, OPT. P. interpretatur, optimo Principi: hoc vero P. explicat pax. Sed minus placet Haloandri lectio, per Principem: distinguente Ulpiano conventionem in publicam & privatam magis ex pactio- nis causa, quam ex personis paciscentium. id ostendunt ejus verba, Aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata. nec male: nam si a Principe de re ejus privata conveniatur, sive emptione, sive venditione, sive alio simili negotio: non publica, sed privata, conventio est; eaque Principem tenet non modo gentium, sed & civili jure: cum certum sit, eum quoad vitæ ministeria, legibus vivere; quamquam pro Principe seu Legislatore agens, legibus solutus sit. probabilior igitur est Florentina lectio, Publica conventio est quæ fit per pacem, quoties duces

belli quadam inter se paciscuntur. Aliquis dicet, publicam esse conventionem, sive per pacem fiat, sive cum duces belli inter se quadam paciscuntur, sive aliter modo pactum fiat de re publica. Nec intercedo: siquidem justa quaeratur definitio. sed quod in simili A. Gellius de Varrone dixit lib. 1. Noct. Attic. c. 25., hic de Ulpiano dicam, non fuisse ei negotium; ut publicam conventionem superstitiose definiret, & legibus rationibusque omnibus definitionum inserviret: ei satis visum esse, ejusmodi facere demonstrationem ex qua, quænam publica conventio sit, aliquammodo intelligatur: Græcosque id genus *τῶν πᾶσι* magis & *ὁ πόλεως* quam *ὁ κράτους* vocare. Erit igitur Ulpiani sensus, esse publicam conventionem, quæ fit de causa publica, verbi gratia, cum pax fit. Non me fugit, quod ea demum fit ab his quibus a Populo cujus sit summum imperium, datum est jus faciendæ pacis. nam si quis Consul, aut Prætor injussu Populi faciat sponsonem de pace: se quidem obligat; sed Populum qui non jussit sponsonem fieri, non obligat; ut bene Posthumius apud Livium lib. ix. c. 8. & 9. id tamen ab Ulpiano idcirco non additur definitioni publicæ conventionis: quia ei non est quaestio, quinam possint publicam facere conventionem; sed quæ sit publica conventio. Est igitur publica conventio, verbi gratia, cum pax fit. Addit Ulpianus, Aut quotiens duces belli quadam inter se paciscuntur. sensus: Est etiam publica conventio, verbi gratia, cum duces belli quadam inter se paciscuntur: ut inducias aut alia quæ spectent ad belli administrationem: quam qui duci dat; videtur ei dare omnia sine quibus bellum administrari nequit. ita belli duces, etsi de pace qua bellum finitur, convenire nequeant injussu Populi cujus est bellum componere, sicut indicare jure summi imperii: tamen Populi injussu inducias facere jure minoris potestatis, probat Livius lib. 30. c. 37: cum ait, Carthaginenses inducias impetrasse a Scipione, donec ab Roma legati redissent. extat & aliud apud eum exemplum lib. 9. c. 15.

CAPUT XIII.

Quo sensu Ulpianus in l. 5. D. de pactis legitimam conventionem distinguat a juris Gentium conventionem. Pauli definitionem quæ est in l. 6. D. eod. tit esse bonam: sed Ulpiano imprudenter jungi ab Architectis juris. exempla legitimarum conventionum ex sententia Ulpiani. Legitimas conventiones aliquando usu sic accipi, quasi sint juris Gentium. etiam Iuris Gentium conventiones aliquando induere naturam legitimarum. esse juris Gentium conventiones quarum obligationes dicuntur civiles: & cur?

VENIO ad privatam conventionem. quæ est, cum pactum fit de re privata & familiari. ea conventio Ulpiano in d. l. 5. D. de pactis est vel legitima, vel juris gentium. quæ vero legitima sit, non ipse subjicit, sed Tribonianus in l. 6. D. eod. tit. atque ex lib. 3. Pauli Ad Edictum: dicentis, Legitimam conventionem esse quæ lege aliqua confirmatur. Vere: sed non convenienter Ulpiano. is legitimam conventionem a juris gentium conven-

tionem distinguit pari ratione qua Marcianus ea quæ sunt juris civilis, separat ab his quæ juris gentium appellantur l. 17. §. 1. D. de pænis. Hoc ut sentiam, idem suadet Marcianus: cum in l. 15. D. de interd. & relegatis quasdam conventiones speciali jure civitatis, quasdam jure gentium, æstimat: & in his ponit emptionem, venditionem, locationem, conductionem, permutationem, scænus, & cæteras similes: quas juris gentium esse, Hermogenianus

l. 5. *D. de iustitia & jure*, etiam Ulpianus l. 7. §. 1. *D. de pactis*, proficitur. itaque putem, Ulpianum d. l. 5. *D. de pactis*, cum privatam conventionem aliam facit legitimam, aliam juris gentium; velle, aliquam a civili jure accipere formam novam & juris gentium incognitam; aliquam retinere simplicitatem juris gentium. illam esse propriam quarundam personarum, verbi gratia, civium Romanorum, neque perfici aliter, quam solemniforma. istam non tantum civibus Romanis, sed etiam peregrinis permitti; neque solemnibus juris civilis adstringi. alterum gentium, alterum civili juri consequens est. Et certe quod ad juris gentium conventionem attinet; potest ejus vis liquere testimonio Marciani: dicentis, deportatos civitate carere, & speciali jure civitatis non frui: posse tamen emere, vendere, locare, conducere, permutare, fœnus exercere, & cetera similia. sine dubio, quia hæc ex jure gentium sunt: id autem jus deportato, etsi peregrinus sit, competit. d. l. 15. servit igitur juris gentium conventio simplicitati juris gentium; nec est civium Romanorum propria, sed etiam peregrinis permittitur. addo, nec solemnia aut verborum aut scripturæ, aut alia desiderat; ideoque tam inter absentes contrahitur, quam inter præsentibus. Hujus rei multa sunt in jure documenta ex quibus illud Gaji l. 2. *D. de obligationibus & actionibus*. Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi: quia neque verborum, neque scriptura, ulla proprietas desideratur: sed sufficit eos qui negotia gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam, vel per nuntium. Gajo addam Ulpianum. is in l. 1. §. 2. *D. de contrahenda emptione*, Emptio, inquit, venditio juris gentium est: & ideo consensu peragitur, & inter absentes contrahi potest per nuntium & per literas. Paulus quoque l. 1. *D. Locati conducti* ait, Locationem & conductionem, cum naturalis sit & omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahi: sicut emptionem & venditionem. Ita in juris gentium conventionibus. At in illis quæ juris civilis sunt, aliter observatum fuit. id, exempli gratia, ostendet nexum, dotis dictio, stipulatio, acceptilatio, contractus nominum.

Prima species est nexum. Festus, verbo, *Nexum*, Nexum, inquit, esse quodcumque per æs & libram geritur, idque nexi dici. quo in genere esse testamenti factionem, nexu dationem, nexu liberationem, primum nexi exemplum est testamenti factio, de qua egregie Theophilus ad §. 1. *Inst. de testamentis ordinandis*. alterum exemplum est nexu datio: de qua ita Boëthius lib. 3. *Comment. in Topica Ciceronis*. Jure civili aliquid non inter alios, nisi inter cives Romanos fieri potest, quorum est etiam jus civile, quod Duodecim Tabulis continetur. omnes vero res quæ abalienari possunt, id est, quæ a nostro ad alterius transire dominium possunt, aut mancipi sunt, aut nec mancipi: mancipi res veteres appellabant quæ ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam nexum fieret solemnitas. Nexus vero est quedam juris solemnitas quæ fiebat eo modo quo in Institutionibus Gajus exponit. Eiusdem autem Gaji lib. primo Institutionum de nexu faciendo hæc verba sunt. Est autem mancipatio, ut supra quoque indicavimus, imaginaria quedam venditio quod ipsum jus proprium Romanorum est civium, eaque res ita agitur, adhibitis non minus, quam quinque testibus Romanis civibus puberibus & præterea alio ejusdem conditionis

qui libram æneam teneat qui appellatur libripens, & qui mancipium accipit, & tenens ita dicit: hinc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, & quæ mihi emptus est hoc ære æneaque libra; deinde ære percutit libram, indeque res dat ei a quo mancipium accipit: quasi pretii loco. quacunque igitur res lege XII Tabularum aliter, nisi per hanc solemnitatem, abalienari non poterat. Tertium nexi exemplum est nexu liberatio: de qua paulo post.

Interim dicam de dotis dictione. nam & illa fuit Juris Civilis conventio, complexa (ut Gajus ait, lib. 2. *Inst. tit. 9.*) verborum obligationem. ita fiebat verbis, & solemnibus, nulla tamen præcedente interrogatione: ut idem Gajus ait d. loc. Ejus formulam a mulieris parte exhibet Terentius, *Andria* §. 4. vers. 47. his verbis.

-- -- -- Dos est, Pamphile;

Decem talenta.

Ea verba ad dotis dictionem refert Sidonius Apollinaris lib. 1. *Epist. 11*. Dotem sic dictam debuisse deinde a viro accipi, ex eodem intelligitur Terentio: apud quem statim responder Pamphilus, accipio. & notat Donatus. Ille nisi dixisset, accipio, dos non esset. datio enim ob acceptum confirmatur. Sed dotis dictio, præter certa verba, etiam certas desiderabat personas. talis erat mulier, & pater; ac debitor mulieris. ceteræ omnes dotem non dictione, sed stipulatione promittebant: ut Gajus refert d. loc. & Ulpianus tit. 6. itemque intelligi debet Paulus l. 41. *D. de jure dotium*. Ne hoc quidem improbabile est, quod ea dotis dictio tantum inter cives Romanos obtinebat. nam esse hoc civili conventioni consequens, ex superioribus apparet. de dotis autem dictione id post M. Aurelium Galvanum, *De usufructu* c. xv, tradidit Jacobus Gothofredus, ad l. 4. *Cod. Theod. de dotibus*, ex Vetere Scholiaste ad Persium, *Sat. 2. vers. 14*.

Dotis dictioni addam stipulationem, quam esse juris civilis, indicat Paulus l. 27. §. 2. *D. de pactis*: In stipulationibus, inquit, jus, in pactis factum versari. Id enim, me interprete, valet, pactum esse juris naturalis; stipulationem juris civilis. Et argumentum mihi: quod idem Paulus l. 48. §. 1. *D. de acquirendo rerum dominio* similiter ait, usucapionem ad jus; fructuum capionem ad factum pertinere: significans, usucapionem esse juris civilis; fructuum capionem juris naturalis, alterum probat pr. *Inst. de usucapionibus*. alterum §. 35. *Inst. de rerum divisione*. Pari modo Modestinus l. 10. *D. de capite minutis* ait, legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidere; capitis diminutione tamen interveniente, perseverare: videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit. Sic ille: nihil, aliud volens, quam tale legatum non juris civilis, sed juris naturalis esse. Sed apparet stipulationem ex Pauli sententia esse juris civilis. Nec alio spectat, quod idem Paulus lib. 2. *Sentent. tit. 3*, & ante Pomponius l. 5. §. 1. *D. de verborum obligationibus* ait, stipulationem esse conceptionem verborum quibus is qui interrogatur, responderit, daturum facturumve se quod interrogatus est. Unde enim hæc forma incognita jure gentium? nisi a subtilitate juris civilis? inde quoque, quod Ulpianus observat, ut stipulatio non solo consensu, sed verbis fiat; nec a muto, aut surdo, neque inter absentes, neque nutu, perficiatur l. 1. pr. & §. 2. *D. eod. tit.* Ab eadem ratione est: quod

quod ne verba quidem sufficiunt, nisi solemnia & directa. id Leoresert & mutat l. 10. C. de contrahenda stipulatione. amplius dicam, debuisse ea verba esse Latina, etsi hoc quoque sit mitigatum disputatione Sabini d. l. 1. §. ult. postremo addam, stipulationem non inter alios, quam cives Romanos obtinuisse. id enim civili conventioni consequens esse, supra ostensum est: facitque ei Ulpianus l. 14. §. 1. D. de novationibus: scribens, deportatum, quem certum est obligari conventionibus juris gentium, stipulatione non obligari.

At sicut stipulatio, sic acceptilatio fuit civilis conventio, indicio, quod vocatur actus legitimus l. 77. D. de regulis juris, & civilis solutio l. 107. D. de solutionibus. igitur habebat usum non inter peregrinos, sed inter cives Romanos. nec aliter fiebat, quam verbis, iisque certis & solemnibus, amplius Latinis. præterea non tollebat honorarias obligationes, verum civiles, & verbis contractas: utique, si ejus naturam spectes, nam de usu mox.

Interea non omittam, quod stipulatio aliquando fiebat nexu per æs & libram, aliquando sine ea solemnitate. eodemque modo liberatio per acceptilationem aliquando fiebat interveniente contraria solemnitate, aliquando sine ea. observavit hoc Jacobus Rævardus ad l. 35. D. de regulis juris: nec habeo quod addam, præter hoc Ciceronis ex lib. 2. De legibus: Hoc de medio est jure civili, ut (legatarii) per æs & libram heredem solvant, & eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is cui legata est stipulatus est id ipsum quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur. Nili huc spectat quoque sequens Gaji locus l. 4. D. Commodati vel contra: Sepe etiam ad hoc commodantur pecunia, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. Est enim is locus, quod Inscriptio indicat, ex lib. 1. Gaji De verborum obligationibus. Sed hoc vidit Franciscus Connanus, lib. 7. Com. jur. civil. c. 3. n. 2.

Postremo inter civiles conventiones posui contractum nominum. at hunc quoque quia pulchre atque erudite explicuit Jacobus Rævardus lib. 3. Variorum c. 1, non agam actum.

Hactenus ostendi, Ulpianum d. l. 5. D. de pactis conventionem legitimam ac Juris Gentium distinxisse a forma aut simplicitate quam altera habeat a Jure Civili; altero a Jure Gentium. Porro monendum est, si in formam Juris Civilis (ut fit, movente utilitate) aliqua cadat mutatio: conventionem in mutatis articulis suam exuere naturam; & cum initio fuerit Juris Civilis: aliquando accipi, quasi juris gentium existat. Id suadet acceptilatio: quam Juris Civilis fuisse, supra ostendi; cæterum formam mutasse alicubi, certus auctor est Ulpianus l. 8 §. 4. D. de acceptilatione: acceptilatione, inquit, tolli obligationes etiam honorarias. quæ ratione? ait: Quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. & ideo puto, & Grace posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet. Sensus, ut Jure Gentium in his censeatur acceptilatio, usu invaluisse contra Juris Civilis subtilitatem. huc ire verba, Hoc jure utimur, annotavi lib. 1. Probabilium c. 2. & 3. Sic in acceptilatione. Simile in stipulatione Ulpianus l. 1. §. ult. D. de verborum obligationibus. Verba Ulpiani. Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Grace; dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. idem per contrarium. Sed mirum hoc usque ad

Noodt Operum Tomus I.

Græcum sermonem tantum protrahimus: an vero & ad alium, Pænum forte, vel Assyrium, vel cuius aliterius lingue, dubitari potest? Et extat scriptura Sabini, sed & verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem. Elbertus Leoninus lib. 2. Emendat. c. 5. legit, Et extat scriptura Sabini, & verum putatur, sine necessitate. nam verum Ulpiano est æquum: sicut in l. 9. §. 6. D. de administratione tutorum, etiam apud Livium lib. 23. c. 11, in fin. & lib. 42. c. 23. & in illo Horatii.

Metiri se quemque suo modulo & pede verum est. Est igitur Juris Gentium stipulatio hac in parte.

Contra evenit quoque, ut Juris Gentium conventio accipiatur, quasi sit Juris Civilis, hoc uno exemplo demonstrasse, contentus ero. Regula Juris est ex Q. Mucii libro singulari: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest l. 73. §. fin. D. de regulis juris. Idque jus in stipulatione certum. est enim Juris Civilis stipulatio. At in pacto qui procedit? nam pactum juri gentium imputatur: Modestinus autem ita definit l. 53. D. de acquirendo rerum dominio quæ est ex ejus lib. 14. Ad Q. Mucium, Ea que civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus: veluti stipulationem, quod naturaliter adquiruntur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Sed quid est? etsi pactum proprie consistat in facto, & juris gentium sit: hactenus tamen juris civilis habetur, ne per extraneum adquiratur.

Nec illud quidem silebo, esse juris gentium conventiones quarum civiles dicantur obligationes: quia, ut Justinianus ait, sunt certo jure civili comprobatae §. 1. Inst. de obligationibus. tales sunt quæ transeunt in speciale nomen contractus, ut mutui, commodati, depositi, pignoris, item emptionis, locationis, locietatis, mandati, sunt enim omnes juris gentium: nomina autem prodita sunt jure civili l. 3. D. de præscriptis verbis, l. 1. §. 2. D. de rerum permutatione. imo, si quæ conventio non quidem transeat in speciale nomen contractus, sed ei subsit dario aut factum, etiam ea, utcumque sit juris gentium, tamen quia civilem parit obligationem, probatione civilis efficitur l. 7. §. 2. D. de pactis, l. 5. §. 1. l. 15. D. de præscriptis verbis. Sed neque negem, ipsas juris gentium conventiones, postquam approbatae sunt usu juris civilis, eoque certum acceperunt nomen, ab eo aliquam habere formam. nam ea apparet d. l. 1. §. 2. D. de rerum permutatione, & §. 41. Inst. de rerum divisione. imo Justinianus §. ult. Inst. de mandato vocat negotii formam. Celsus l. 48. §. ult. D. eod. tit. mandati formam; Papinianus l. 24. D. depositi depositi naturam & notos terminos: Ulpianus l. 7. §. 15. D. de pactis in deposito nominat juris formam: Paulus l. 26. §. 1. D. depositi, depositi modum. quod si est: quæ, inquit, superest differentia inter juris civilis & juris gentium conventiones, eas præsertim quæ sunt jure civili comprobatae? utraq; enim præter consensum qui juris gentium est, habent formam certam a jure civili. Sed rem signemus, etsi juris gentium conventiones sint jure civili comprobatae; eoque qualem qualem acceperint formam: non tamen acceperunt formam civilium conventionum; & ideo non appellantur civiles. nam neque solemnia verba desiderant; neque contrahentium præsentiam; neque item ut inter cives Romanos celebrentur. quod in juris civilis conventionibus contra est. nam hæc inter cætera tantum solemnia

admittunt verba, neque inter absentes, neque inter peregrinos contrahuntur : ac si quid ex his ceterisque ad formam requisitis mutant, juris gentium fiunt : ut supra demonstratum est. Exposui Ulpianum l. 5. D. de pactis.

Quid Paulus l. 6. D. eod. tit. ? is legitimam conventionem vocat sensu longe alio. non enim hanc definit a forma juris civilis, nec magis eam separat a conventionibus juris gentium, sicut ab Ulpiano factum d. l. 5 ; sed a nudis conventionibus, nulla lege confirmatis. adeo nil obstat, quo minus legitima Pauli conventio sit juris gentium,

qualis fuit, antequam speciali lege adjuvaretur : modo non acceperit formam novam, & juri gentium incognitam : licet in foro sit adepta vim quam non haberet, lege non adminiculata. Quod si est : non a me impetro ; ne negligentiae accusem Juris Architectos : Ulpianæ divisioni quæ est in d. l. 5. subjicientes Pauli verba in d. l. 6, ad quam non pertinent. ut enim dixi ; apparet, Paulum legitimas conventiones non opponere conventionibus intra simplicitatem juris gentium consistentibus, quod Ulpianum fecisse ostendi ; sed eas quæ nulla lege adjuvantur.

C A P U T IX.

Conventiones juris gentium esse nudas vel non nudas. has dici contractus. quid contractus ? eum esse duplicem : alium certum ac nominatum : alium incertum & innominatum.

Exposui legitimas & Juris gentium conventiones, simul sententiam Ulpiani & Pauli l. 5. & l. 6. D. de pactis. Transeo ad l. 7. pr. §. 1. & 2. D. eod. tit. ubi Juris Gentium conventiones Ulpianus dividit : sed brevius & obscurius. danda igitur opera ; ne quis hic quoque impingat. verba Ulpiani sunt. *Juris gentium conventiones quadam actiones pariunt, quadam exceptiones. §. 1. Quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus : ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & ceteri similes contractus. §. 2. Sed & si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa : eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem : ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. & ideo puto recte Julianum a Mauricio reprehensum in hoc : Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manumisti, evictus est Stichus : Julianus (scribit) in factum actionem a Pretore dandam : ille aut, civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis sufficere : esse enim contractum quod Aristo συνάλλαγμα, dicit, unde hec nascitur actio.* Ulpianus bifariam dividit Juris gentium conventiones, ait, alias parere actionem, alias exceptionem. has in suo nomine stare : illas vocari contractus, aut synallagmata. addam, etiã negotia, vel negotia civilia l. 17. §. 3. D. Commodati, l. 5. §. 1. D. de obligationibus & actionibus, l. 70. §. 2. D. de legatis lib. 1. l. 33. D. de conditione indebiti, l. 1. D. de estimatoria actione, l. 15. l. 22. D. de præscriptis verbis, item causas l. 39. D. de obligationibus & actionibus, vel plenius causas civiles, appellari l. 49. §. 2. D. de peculio. est quoque, ubi causa emptionis, item causa locationis dicitur l. 1. §. 6. D. de pecunia constituta, etiam forma negotii §. ult. Inst. de mandato, & locationis conductionisque negotium l. 22. D. de præscriptis verbis, ac negotium contractus l. 19. D. eod. tit. & vice versa contractus negotii, apud A. Gellium lib. 2. Noct. Attic. c. 1. Ita sumus subducta ad rem ratione ; duplex est conventio ; vel enim in suo nomine stat, & nuda conventio, sive sola conventio, sive tantum conventio vocatur ; ut sequente dicam capite : vel est contractus, sive conventio cui subest causa civilis, id est, negotium civile, sive causa vel negotium jure civili approbatum. est igitur contractus, conventio usu juris civilis recepta, eoque idonea ad

producendam obligationem & actionem, etsi non adjuta, neque adminiculata speciali lege, alioquin non contractus dicitur, sed pactum legitimum. Sic quidem mihi videtur. At aliter definit Vir eminentissimæ doctrinæ, Jacobus Cujacius. is ait, contractum esse conventionem habentem nomen ; aut, si nomine vacat, causam : eamque datione aut facto circumscribit. In quo vereor, ne Egregius ille Vir erroris sit manifestus. nam ut datio & factum, cum conventioni accedunt, ei præbeant civilem obligandi causam ; non ideo causa datione, aut facto terminatur. sit argumentum : quod Ulpiano l. 9. D. de rebus creditis, & l. 1. §. 6. D. de pecunia constituta, causam qualicumque jungit contractui ; sive sit certus, sive incertus, id est, nominatus aut innominatus : atque adeo cum aliqua, etiam cum nulla, intervenit datio aut factum : volente forma nominati contractus, verbi gratia, emptionis : etsi ea causa in contractu qui nomine caret, non ex conventionem, sed ex datione aut facto proficiscitur l. 1. §. 2. D. de rerum permutatione. imo, idem in nominato quoque contractu qui re contrahitur, ut mutuo & deposito evenire, Paulus observat l. 17. D. de pactis.

Putemus igitur, Ulpianum d. l. 7. §. 1. D. eod. tit. (nam huc redeundum est) appellatione contractus indigitare conventionem cui subest civilis causa : sive negotium antiquitus approbatum communibus juris civilis regulis. talem conventionem ait Ulpianus non stare in suo nomine, sed transire in proprium nomen contractus : significans, hos qui jus civile condiderunt primis temporibus, noluisse, cives suos sine causa obligari conventionibus quibuscumque ad vitæ ministeria inutilibus : sed demum conventionibus ad juvanda vitæ commoda pertinentibus : easque conventiones publice receptas approbatasque, dixisse contractus. Sextus Cæcilius apud A. Gellium, lib. 2. Noct. Attic. c. 1. sic exprimit : *Fi-*
dem majores nostri in negotiorum contractibus sanxerunt. præter hæc, puto, significat Ulpianus, Veteres eos contractus & numero & nomine fecisse certos ; etiam suam cuique dedisse formam, actionemque ; & utramque ipso statim nomine, licet nihil addatur, intelligi voluisse. hoc igitur modo dicitur Ulpiano in d. l. 9. certus contractus idem nominato. inde apud Papinianum prodita ac vulgaris actio, & proprium actionis no-

men *l. 1. D. de praescriptis verbis*, & apud Celsum vulgaria atque usitata actionum nomina *l. 2. D. eod. tit.* Julianus quoque illo sensu ait, existere contractus quorum appellationes sunt jure civili proditae *l. 3. D. eod. tit.* Paulus *l. 1. §. 2. D. de rerum permutatione* insit, qui nomen suum habent. Fontem hujus juris nescio an indicet Dionysius Halicarnassensis *lib. 4. Roman. antiq.* de Servio Tullio rege ita scribens. *Leges de contractibus & de injuriis tulit quas curiatis comitiis ratas fecit. erant autem numero quinquaginta, quarum mentionem facere jam non est opus.* Sic ille. sed si eas memoriae prodidisset: quaedam plenius intelligeremus. nunc, quod licet, dicam, eas leges deinde in Duodecim Tabulas translatas, eos contractus e rudibus & parvis initiis ad illam quam habemus formam, Fori disputatione, & usu juris civilis longo tempore perduxisse.

Sed & si (pergo enim cum Ulpiano in *d. l. 7. §. 2. D. de pactis*) in alium contractum, nempe nominatum, res, id est, conventio, non transeat, subsit tamen causa; (id est, subsit adhuc causa, siue subsit tamen perinde causa, ut in superiore specie) eleganter Aristo Cello respondit, esse obligationem, siue contractum, qui pariat civilem obligationem: quo sensu in *l. 19. D. de verborum significatione* ait, contractum esse ultro citroque obligationem. exemplum Ulpiano *d. §. 2. l. 7.* Dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias. tu cessas dare aut facere. quid Ulpianus? nimirum, esse te ad dandum aut faciendum obligatum. atqui ea conventio caret nomine. esto: sed non subsistit intra primum placitum. contra est quod a me ad te pervenit certa lege. quo casu conventio, licet nomine careat, non destituitur civili causa, nec debet nuda videri: ne aliter definentibus, tu ex tua improbitate cum mea jactura fias locupletior. obtinuit igitur paulatim; ut si quid datum factumve esset hac conditione, ut contra detur aut fiat, synallagma, id est, contractus, siue civile negotium, contrahi existimaretur: non quidem certum ac nominatum; sed ut dixi, incertum atque innominatum. Gajus novum negotium dicit *l. 22. D. de praescriptis verbis*. Ulpianus negotium proprii contractus *l. 19. D. eod. tit.* id est, negotium quoddam ab initio non receptum Populi Romani institutis aut moribus: sed deinde prioribus formis nova ratione superadditum. placuit vero, hinc nasci actionem incertam; eo enim nomine insignitur *l. 3. C. de inutilibus stipulationibus*: quippe veniens ex incerto contractu, id est, cujus nomen non est proditum civili jure *l. 1. 2. 3. D. de praescriptis verbis*. dicitur etiam civilis *l. 5. §. 2. & l. 15. D. eod. tit.* eo quod est recepta civili jure. appellatur porro utilis *l. 6. C. de transactionibus*, item in factum *l. 1. D. de praescriptis verbis*, & in factum civilis *d. l. 1. §. 2. & d. l. 5. §. 2.* puto, quia solae certae ac nominatae sunt directae, utpote legibus ac moribus ab initio constitutae: cum haec introducta sit ad exemplum actionum ex empto, vendito, locato, conducto, mandato *d. l. 5. §. 4. in fin.* postremo vocatur praescriptis verbis *d. l. 2. D. eod. tit.* & praescriptis verbis incerta civilis *l. 6. C. de rerum permutatione*: quia non habet certam ac solemnem formulam, ut illae ex certo & nominato contractu: sed magis rem gestam verbis demonstrat *d. l. 6. C. de transactionibus*.

Igitur, ut recolligamus vestigia, si dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; conventio non tran-

sit in speciale contractus nomen. sed interium, quia tibi rem dedi certa lege; imitatur ea contractum certum ac nominatum. sane ubi do pecuniam, ut rem accipiam: placuit, esse emptionem & venditionem. quod si rem do, ut rem accipiam: magis esse contractum do ut des; ex eoque nasci actionem praescriptis verbis: sicut in superiore specie oritur actio ex empto & vendito *l. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis*. Idem est: si tibi dedi aliquid, ut facias quod sit locari solitum. nam & tum res est proxima contractui certo & nominato. utique, si do tibi pecuniam, ut tabulam pingas, verbi gratia; manifesta erit locatio & conductio. sin rem do, etsi eadem lege; non quidem erit locatio & conductio; sed contractus incertus & innominatus, id est, do ut facias, similis locationi & conductioni. igitur hinc quoque nascetur actio praescriptis verbis, proxima actioni ex conducto & locato. sic, ubi factum est locari solitum. quid, si non sit tale? fac: dedi tibi servum meum, ut tu servum tuum manumittas. non est factum locari solitum. igitur non est locatio & conductio. nec tamen est nudum pactum. quia dedi tibi servum meum, ut servum tuum manumittas: id est, dedi eum certa lege. est igitur synallagma: id est, civile negotium, ex quo nascitur civilis actio praescriptis verbis, similis actioni locati & conducti: ubi non demonstratur alia, ita ex Aristone Ulpianus *d. l. 7. §. 2*; cum eoque consentit haecenus Paulus *d. l. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis*. Sed quid? Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas. manumisisti. evictus est Stichus. Nihil mutat Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* ait tamen, in hoc variasse Veteres. nam Julianum scribere, dandam a Praetore in factum actionem: sed illum in hoc, id est, in hac specie a Mauriciano esse reprehensum. nam hunc putare, sufficere civilem incerti actionem, id est, praescriptis verbis actionem: & pro causa adferre; quod est contractus, siue, ut Aristo dicit, synallagma, atque inde hanc nasci actionem. Sic Ulpianus: & aperte, quantum quidem ad Mauricianum attinet. at de Juliano intentiore cura agendum est. nam metui possit; ne non satis vere scribat Ulpianus, Julianum voluisse in factum actionem in hoc, siue in hac specie, simpliciter atque indistincte dari a Praetore. est enim Paulus auctor *d. l. 5. §. 2*, Julianum distinxisse inter scientem & ignorantem: ac si sciens dederim: sciuisse, in me dari actionem de dolo: si ignorans; in factum civilem. ipsa Pauli verba apposui. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, & manumisisti, & is quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus scribit; si ignorans, in factum civilem. Indicavi difficultatem, a nobilibus juris interpretibus saepe tentatam, at a nullo, quantum recordor, superatam. fuerit igitur pretium operae, experiri, quid extricare nostra possit mediocritas, facile veniam impetratura, si nec mihi omnino faveat fortuna in re desperata. Primum petam, mihi concedi; ne putem, fuisse Julianum a Mauriciano reprehensum: eo quod voluerit, a Praetore dari actionem in factum civilem: quamquam videtur id prima facie significare Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* nam tum male reprehensus esset: quippe cum civilis in factum actio non sit alia, quam Mauriciani actio incerti praescriptis verbis. Non magis reprehensus fuit Julianus: quod voluerit, in subsidium dari actionem in factum Praetoriam. nam id palam refellit Paulus *d. l. 5. §. 2.* Quid ergo est? ego mihi persuadeo,

Julianum fuisse a Mauriciano idcirco reprehensum: quod voluit, a Prætoris ex causa, sive pro re nata, dari actionem aut in factum civilem, aut de dolo: prout alienus servus sit a sciente aut ab ignorante datus: & ideo suspicatus aliquando fui, apud Ulpianum *d. l. 7. §. 2.* non esse legendum, Julianus scribit, in factum actionem a Prætoris dandam: sed, Julianus scribit, ex facto actionem a Prætoris dandam: vel, si mavis, Julianus scribit, in facto actionem a Prætoris dandam. quod & propius abest a recepta lectione; & habet sententiam superiori non dissimilem. utique sic Ulpianus *l. 13. §. 7. D. de actionibus empti*, Cum, inquit, in facto proponeretur: pro eo quod alibi ait, ex facto proponebatur *l. 35. D. de heredibus instituendis*. Similiter autem dicitur actio ex facto vel in facto dari; ut actio dicitur ex causa dari, apud Paulum *l. 28. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*. Marcianus *l. 1. §. 3. D. Ad legem Corneliam de fideiuramentis* simili sensu dixit, ex re constituendum; pro ex facto, vel ex facti specie, sive pro re nata. sic olim conieci. neque adhuc me piget ejus conjecturæ: etsi nec improbem nunc receptam lectionem; Julianus scribit in factum actionem a Prætoris dandam. nam ita quoque loquutos esse Veteres, docuit me Paulus *l. 34. D. de negotiis gestis*: Hac, inquit, disceptatio in factum constituit: pro, in facto, vel ex facto, vel ex causa, distinguenda, sive dijudicanda. Et Pauli locutioni respondet sequens Sallustii, *Bello Catilinario c. 20.* Catilina ubi eos quos paulo ante memoravi, convenisse videt, tametsi cum singulis multa egerat, tamen in rem fore credens, universos appellare. Dixit, in rem fore: pro quo Ulpianus *l. 1. D. de rebus creditis* ait, e re fore. Retuli meam sententiam. quæ si Doctioribus quoque placebit: consentiet Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* Paulus *d. l. 5. §. 2. D. de præscriptis verbis*. Ain' vero? ipsum audiamus. ait Paulus, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, & manumisisti, & is quem dedi, evictus est: distinxisse Julianum, utrum sciens dederim, an ignorans: & si quidem sciens dedi, quia dolo feci, existimasse Julianum, dandam a Prætoris esse actionem non in factum civilem, sed de dolo: si ignorans dedi, quia nullus dolus est, oportere a Prætoris dari actionem in factum civilem, id est, actionem præscriptis verbis. Sic Paulus, hoc vero quid designat: nisi quod Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* ait, Julianum scripsisse, si Stichum dedi, ut Pamphilum manumittas, tu manumisisti, evictus est Stichus, dandam a Prætoris in factum actionem: id est, dandam pro re nata actionem, modo in factum civilem, modo de dolo: illam, si non accusetur dolus: hanc, si culpetur. Sic apud Ulpianum Julianus. quid Mauricianus? Julianum reprehendit: arbitratus, si Ulpianum audimus *d. l. 7. §. 2.* sive sciens dedi, sive ignorans, sufficere civilem incerti actionem: id est, sufficere actionem præscriptis verbis, neque necessariam esse de dolo actionem: & causatur Mauricianus: quod est synallagma; ex quo nata civili incerti actione, quæ est actio præscriptis verbis, dolus si quis admissus esse probetur, emendari potest. Sic Mauricianus, atque ut Ulpianus censet, rectius, quam Julianus: opinor, re ad verum atque ad subtile exacta. nam si quis malit quod tutius sit sequi, quam quod verius: ne resistit quidem Ulpianus, quo minus ei liceat Juliani sententia, tamquam tutiore uti. fateor: non apparet hoc ex *d. l. 7. §. 2.* nam ibi nullum est ejus indicium. sed

me huc ducit *l. 15. D. de præscriptis verbis*: in qua tam clara & certa est Ulpiani sententia; ut vix possit esse clarius aut certior. verba Ulpiani. Solent qui noverunt servos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quæ res non facit eos fures: solent etiam mercedem hujus rei accipere & sic indicare: nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accipit, quia ob causam accipit, nec improbam causam, non timet conditionem. quod si solum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci, sed habet in se negotium aliquod. ergo civilis actio oriri potest. nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur. En: feci, ut dares. tu cessas dare, utra dabitur actio; præscriptis verbis quæ est in factum civilem; an de dolo: maxime si quis dolus arguatur? putat Ulpianus, si re ex vero æstimeretur, defendi posse; quasi actio præscriptis verbis, id est, in factum civilem, non etiam de dolo competat. trahit huc Ulpianus, quod hæc conventio non est nuda; sed habet in se negotium aliquod: id est, ei subest civilis causa, sive civile negotium, seu est contractus innominatus: ex quo civilis actio præscriptis verbis oriri potest. quod his quæ dixi, convenit, quia tamen cuidam (id est, Juliano: sic opinor) aliter sedet; & hunc Paulus sequitur *d. l. 5. §. 2. & 3. D. eod. tit.* non permittit sibi Ulpianus: ne & in hac specie, id est, ne etiam in hac, vel ne æque in hac, atque in superiore, specie quæ est de ut facias, potius actione de dolo, quam actione præscriptis verbis utatur. Sic Ulpianus, qui potest? inquit, nam ubi civilis est actio, ibi locum quem invenit de dolo actio? ea difficultas vexat quotquot ad *d. l. 5. §. 2.* scripserunt eximii homines: eaque gratia verbum, civilem, quod ibi extat, aut Tribonianus imputant, aut Interpreti imperito. frustra: quid enim novum est, ubi dubitetur, an alia sit actio, quasi nulla sit, de dolo actionem dari *l. 7. §. 3. D. de dolo malo*? at jam constat, dubitarum fuisse: ecqua, an nulla, sit actio; si quis dolus in contractu de ut facias, demonstretur: etsi certum haberetur, ubi nullus arguitur dolus, actionem præscriptis verbis esse.

Consideravi singula qua potui ac debui cura & diligentia. nihil tamen effeci magnopere: nisi simili modo explicem sequentia Pauli verba ex *§. 3. d. l. 5. Quod si faciam, ut des, & postea aquam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur*. Notus in his verbis est difficilis: quia primo ad spectu aliud dicit Paulus, quam vult, mea quidem sententia, quam ob rem? non est Paulo negotium, ei qui facit ut detur, alias negare actionem præscriptis verbis, quam si aliquis arguatur dolus. Nova, inquit, hæc est sententia, at dura, & contraria Pauli verbis. verissima tamen, si ad primam faciem non subsistatur. audiamus. concedit Paulus facienti ut detur, actionem præscriptis verbis, nullo liquente dolo malo; alioquin de dolo actionem: perinde ut in *§. 2.* præcedente, quocum oportet tenorem *§. 3.* conjungi uno spiritu, tamquam illius conclusionem. Hoc mihi videtur, atque eo confidentius: quia ad hanc formam disputat Ulpianus *d. l. 15.* nec is tantum: sed ipse quoque Paulus, & quidem in *d. l. 5. §. 2.* Errant enim, & valde, quotquot existiment, Paulum permittentem in eo *§.* actionem de dolo adversus scientem, & actionem in factum civilem adversus ignorantem, disputare de dante ut fiat. contrarium verum

verum est, Paulum intramque actionem concedere facienti ut dicitur. sicine? non est, quod quæras. ipsa Pauli verba oculis subjiciamus. Pauli verba d. §. 2. sunt. *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, & manumifisti, & is quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus scribit; si ignorans, in factum civilem.* Paulò quæstio est, quæ actio danda sit manumittenti servum, ut alius detur: non, quæ actio danda sit danti servum, ut alius manumittatur. Quod minor fugisse hætenus observationem tot illustrium & sagacium virorum: cum sit verissimum; & litem finiat prorsus. evidentissime enim ostendit: quod Paulus in d. §. 3, ne ipse sibi contradicat, non est indistincte intelligendus; quamvis infinite loqui videatur. Ne hoc quidem præteribo; (est enim æque curiosæ observationis) quod sicut unus est contractus emptio & venditio, item unus locatio & conductio: ita contractus do ut facias est idem ei qui facio ut des appellatur: in eoque tam agit qui primus fecit, quam qui primus dedit: sicut ex emptione & venditione emptor agit ex empto, venditor ex vendito: item ex locatione & conductione conductor agit ex conducto, locator ex locato: & tamen est unus contractus ex quo uterque suo expetitur modo. quid ni igitur ille qui fecit ut alter det, eo cessante æque habeat præscriptis verbis actionem, atque is qui dedit, ut alter faciat, eo cessante, hanc actionem exercet: cum sit utroque in casu gestum civile negotium, ipsum non improbum: sed hoc ex d. l. §. 2. l. 15. l. 22. D. de præscriptis verbis, & l. 6. C. de transactionibus perspicuum est.

Hætenus ostendit Ulpianus in d. l. 7. pr. §. 1. &

2. D. de pactis, quod conventio cui subest causa, actionem parit Civili Jure: & hoc fit, quoties conventio transit in speciale nomen contractus: etiam cum non transit; modo sit datum aut factum, ut contra detur aut fiat. Deinceps ait Ulpianus d. l. 7. §. 3: quod, *Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione.* Sic Florentia editur. Haloander legit, *Si ob maleficium, ut fiat.* Nullo jure: quod bene animadvertit Antonius Augustinus, lib. 1. Emend. c. 2. pag. 12. Significat autem Ulpianus, voluisse Veteres, omnem conventionem quæ in contractu fiat, intra humanæ conjunctionis utilitatem, id est, intra honestatem atque intra bonos mores consistere: nullum habere turpitudinis, aut sceleris propositum, ac si contra fiat: minime nasci ex conventionione obligationem, id apparere: si in stipulatione (nam de ea illi sermo est) promittatur, ut fiat maleficium: statim enim undequaque verti turpitudinem; id est, non minus a stipulatoris, quam a promissoris parte, idem tamen esse, Ulpianus ait; si quid, ne fiat maleficium, promittatur. nam ne sic quidem patitur, ex stipulatu actionem dari: quia adhuc apparet stipulatoris turpitudine; etsi non sit promissoris. Atqui non est turpis pactio, si convenerit, Ne facias maleficium. esto: sed ad turpitudinem accedit; ubi aliquid eo nomine promittitur: putantibus Veteribus, convenire publicæ disciplinæ, homines a flagitiis & rebus turpibus virtutis respectu aut legum veneratione, non privatis passionibus inhiberi. sic quidem in stipulatione Ulpianus. at idem in mandato & societate: nam ne in his quidem obligatio ex re turpi contrahitur.

CAPUT X.

De nudis conventionibus.

Exposui conventiones quibus subest causa Jure Civili approbata, quæ conventiones contractus appellantur. Sequentes stant in suo nomine l. 7. §. 1. D. de pactis, & placiti fine l. 27. C. de locato & conducto. hæ dicuntur nudæ pactiones d. l. 7. §. 4; & nudæ conventiones l. 10. C. de pactis; & pacta nuda d. l. 27; & pacta sola l. 23. C. de pignoribus, l. 122. D. de verborum obligationibus; & solæ conventiones l. 15. C. de transactionibus: quo modo dicitur sola proprietates l. 36. §. 1. D. de usufructu, a qua abest usufructus; item nuda traditio l. 31. D. de acquirendo rerum dominio, quæ est sine causa ex qua fiat. Tales conventiones, quia putantur carere civili causa, Jure Civili non habentur conventiones: eoque destitutæ, neque pariunt actionem, neque tollunt: sed ex hoc Edicto reo proficiunt ad exceptionem. Ulpianum audi l. 7. §. 4. D. de pactis. ait: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem, igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* Sic interpunxit Taurellius. Iensus Ulpiani, obligationem, propter nudam conventionem, sive propter conventionem quæ stat in suo nomine, sive quæ tantum est conventio, non posse constitui: eo quod, ut Sextus Cæcilius apud A. Gellium lib. 20. Noct. Attic. c. 1. ait, *Fidem majores nostri in negotiorum contractibus sanxerunt.* significans, Romanos fidem non sanxisse in conventionibus qualibus qualibus, sed in conventionibus ad vitæ usum Jure Civili approbatis: easque

conventiones negotia vel contractus appellasse. Nec tamen sic visum Veteribus: quod iniquum putarent, etiam alias custodiri pacti fidem: sed quod respicientes ad suorum civium conditionem, nolent videri pacta, quibus non subesset negotium ad vitæ necessitatem publice receptum. quare huc devenire: ut interpretarentur, naturam jubere, servari pacta non qualia qualia, sed utilia aut necessaria, talia vero non ipsam definire, sed reipublicæ definienda relinquere. huic porro non convenire: ut homines egregie leves aut nimis faciles quibuscumque promissionibus temere caperentur; cum id minime vellent; certe quarum mox poenitentia ducerentur: exemplo Apollinis apud Ovidium lib. 2. Metamorph. Igitur quid est? pactum nudum etsi paciscentes teneat naturaliter, quia civili jure negligitur, actionem non parit. idque Diocletianus & Maximianus probant l. 27. C. de locato & conducto, & ante eos Alexander l. 10. C. de pactis, etiam Paulus lib. 2. Sentent. tit. 14. §. 1. Mitto Senecam De beneficiis lib. 5. c. 21. Verba Senecæ. *Multa legem non habent, nec actionem: ad quæ consuetudo vitæ humanæ, lege omni valentior, dat adiutum. Nulla lex jubet, amicorum secreta non eloqui, nulla lex fidem etiam inimico prestare. Quæ lex ad id præstandum nos quod alicui promissimus, alligat? Querat tamen cum eo qui arcanum sermonem non continuerit, & fidem datam, nec servatam indignabor.* Seneca distinguit quod est juris civilis, ab eo quod est naturalis: dicit, alterum esse necessitatis, alterum honestatis: ex hoc genere

genere esse promissionem nudam : eam valere apud bonos viros ; at in jure improbos non adstringere necessitate. Igitur ex nudo pacto Jure Civili non nascitur actio : nec tollitur : & ideo si ego debeam tibi ex stipulatu, verbi gratia ; & deinde paciscar, ne petas, nihilominus poteris adversus me jure civili experiri. scilicet, quia id pactum eo jure nullius momenti habetur : magis est modus finiendæ, quam constituendæ obligationis. irriterim Prætor indignatus, hac in specie falli fidem, quam servari & natura suadet, & publica utilitas tollendi omni modo lites : hoc Edicto promittit, servare pacta quibus convenitur, ne petatur ; etsi Jure civili sint inutilia. At non idem edixit, si ut detur, vel fiat, pactum conventum sit. nimirum, quia non sicut liberationibus, ita obligationibus faveret : arbitratus, alterum publicæ utilitati convenire, alterum resistere ; ut supra ostendi. verissime igitur Ulpianus, Nudam pactiōnem non parere obligationem, sed exceptionem. nec fat scio, an ad hoc aut simile respiciat Plautus, *Aulularia* 2. 2. vers. 81.

--- At scio, quo vos pacto soleatis perplexarier.

Pactum non pactum est, non pactum pactum est, quod vobis lubet.

Res clara.

Nisi tenebras offundunt Impp. Diocletianus & Maximianus l. 5. C. de contrahenda stipulatione, verbis sequentibus. *Nuda pollicitatione secundum ea qua saepe constituta sunt, ad præstanda ea qua promiserat, urgeri quemquam non semper jura permittunt. Verum quoniam præterea, si contra pactum fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulanti adversarium tuum promississe proponas ; hujusmodi etiam obligationis post motam litem extitisse conditionem, & ejus summa qua in hac quoque stipulatione continetur, petitioni locum factum esse convenit.* Sic illi, atque obscure. sed faciam lucem quam non dant Interpretes magni atque cruditi, non animadversa facti specie : fingunt certe aliam, quam Imperatoribus propositam. ponenda igitur erit nova, aut potius vetus, quæ est ipsius legis. eam sic concipio quam simplicissime. Creditor cui debebatur ex mutuo aut ex stipulatu, aut ex alio simili contractu ex quo poterat actio jure civili nasci, pactus est, Ne petat : & si contra pactum faciat, id est, si petat, quanti ea res erit, tantum debitori dare promissit nudo pacto. huic pacto subjecta est stipulatio. quæsitum fuit, an faciente adversus pactum creditore, debitori adversus eum actio dari debeat. quærendi causa est, quia pactum quod interpositum esse dicitur, nudum est ; ex nudo autem pacto actio non semper datur civili jure : etsi jam aliquando daretur eo tempore : ut & Imperatores bene observant, & ipse alibi ostendam. Sed rescripserunt Imperatores, dandam debitori esse ex stipulatu actionem ad hoc quod non modo conventionem, sed stipulationem quoque comprehensum est. idque est, quod dicitur, *Et ejus summa qua in hac quoque stipulatione continetur.* Qua ratione ? quia hic non tantum nudum pactum intervenit, sed stipulatio quoque, quanto ea res erit.

Hoc primum quæsitum. Quid deinde ? quando videatur creditor fecisse adversus pactum ; utrum cum vocavit debitorem in jus, an post motam litem ; id est, ubi litem cum eo contestatus est ? rescriptum vero, pacti conditionem post litem motam, id est, post litem contestatam extitisse. clara, nisi fallor, ratione. nam qui in jus vocat, non agit, sed agere vult, l. 15. D. *Ratam rem haberi*, l. unic. C. de litis contestatione : nec adversus pactum facit, sed facere vult. at qui litem movet, & hanc contestetur, vere petit, & adversus pactum facit. Hic mihi videtur sensus d. l. 5. clarus & bonus : ad eumque modum accipio etiam sequentem Gordiani speciem ex l. 14. C. de pactis. *Si pacto quo pœnam adversarium tuum promississe proponis, si placito non stetisses, stipulatio subjecta est ; ex stipulatu agens, vel id quod in conventionem devenerat, ut fiat, consequeris, vel pœnam stipulatione comprehensam more judiciorum exiges.* Sic legendum, *ex stipulatu agens* : cum vulgo scribatur, *ex stipulatu ages* : quod observavit Russardus, *Notis marginalibus*.

Sed revertamur in viam. satis liquet ex hæcenus dictis, ex nudo pacto nullam Jure Civili nasci actionem : & ideo solere Veteres stipulationem ei subicere, Paulus auctor est, lib. 5. *Sentent. tit. 7. & lib. 2. tit. 22. §. ult.* Fiebat autem id plerumque (quod Ulpianus refert l. 7. §. 12. D. de pactis) in novissima pactorum parte ; id est, in fine instrumentorum. nam & pacta dici pro instrumentis quæ de pactis conficiuntur, nihil vetat. formula autem erat *Rogavit Titius, spondit Mævius*. Inde evenire, ait Ulpianus d. l. 7. §. 12 : ut dubitari possit, utrum stipulatio sit, an nudum pactum. Verba Ulpiani apposui. sunt autem hæc. *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri, Rogavit Titius, Spondit Mævius ; hæc verba non tantum pactiōnis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. ideoque ex stipulatu nascitur actio ; nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium.* Sic Ulpianus : puto, converso loquendi more. voluit dicere ; Hæc verba non tantum stipulationis loco accipi, sed etiam pactiōnis. ideoque nasci ex stipulatu actionem : nisi contrarium specialiter adprobetur. Nihil tamen corrigendum. sunt enim ipsorum Auctorum tales Hysterologiæ : eoque magis interpretatione, quam emendatione adjuvanda. dedit earum exempla aliquot Cujacius, lib. 3. *Observ. c. 5. in fin.* dedit Russardus ad §. 8. d. l. 7, & ad §. 3. *Inst. de lege Aquilia* ; iisque addam ego præsentem locum. Sensus ejus est : Si quis Librarius Scriba in fine instrumenti quo complexus est tenorem pactiōnis, de more subiciat verba, *Rogavit Titius, Spondit Mævius* : accipienda sunt hæc verba pro stipulatione ; quamvis aliquando subsistant intra vim pacti : ideoque ex his nascitur ex stipulatu actio : nisi manifeste probet debitor, ea verba non esse adjecta animo stipulantium, sed paciscentium. tum enim cessabit ex stipulatu actio.

CAPUT XI.

De pactis adjectis contractibus bonæ fidei.

Igitur ex pacto nudo Jure quidem Civili neque nascitur actio, neque tollitur. sed Prætor hoc Edicto id servat per exceptionem. est tamen & ipsum caute accipiendum. fallit enim duobus casibus: prior est, si pactum contractui adjiciatur: alter, si lege confirmetur. Ad priorem respicit Ulpianus l. 7. §. 5. & 6. D. de pactis. verba §. 5. *Quinimo, interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est: ut siquidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex intervallo, non inerunt: nec valebunt, si agat: ne ex pacto nascatur.* † *Ut puta, post divortium convenit, Ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur.* † *Idem Marcellus. & si in tutela actione convenit, ut majores, quam statuta sunt, usura præstentur: locum non habebit: ne ex pacto nascatur actio. ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* † *Idem responsum scio a Papiniano, (&) si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat: ob hanc causam agi ex empto non posse: propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur, Quod in omnibus bonæ fidei judiciis erit dicendum.* † *Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia solent & ea pacta, quæ postea interponuntur, parere exceptiones. §. 6. Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones postea facta, quæ ex eodem sunt contractui, insunt, ut constet, in emptione ceterisque bonæ fidei judiciis, re nondum secuta posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non & pars ejus pactione mutari potest? Et hæc ita Pomponius libro sexto ad Edictum scribit. † Quod cum est, (etiam) ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non & reformari: ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur? quod non insubtiliter dici potest. † Unde illud æque non reprobo, quod Pomponius libro Lektionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione: quasi repetita partem emptione. † Sed cum duo heredes emptori existerent, venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Julianus, valere pactionem, & dissolvi pro parte emptionem: quoniam ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus acquirere sibi potuit exceptionem. Utrumque igitur recte placet, & quod Julianus & quod Pomponius. Summa Ulpiani est, actionem, etsi ex pacto neque nascatur, neque tollatur, tamen interdum formari pacto: id fieri præsertim in bonæ fidei contractibus; nam his inesse pactum ex continenti subsequutum, cum ex rei, tum ex actoris parte: cæterum ex intervallo adjectum, si quidem de adminiculis, tantum inesse a parte rei: si vero sit de natura, non minus inesse a parte actoris, quam a parte rei. Hæc summa: sed plenius explicanda. primum tamen dicendum, quid sit, ex continenti. deinde, quid sit, actionem formare, vel, ut in aliis libris est, informare. postremo, quid sit, pactum judiciis bonæ fidei inesse.*

Verbum *ex continenti*, vel, ut in l. 13. C. de pactis est, *in continenti*, proprie respicit ad locum; ut cum dicitur *continens provincia* §. 1. l. 99. D. de

verborum significatione: sed transfertur quoque ad tempus. eo sensu in continenti fit quod confestim fit l. 3. §. 9. D. de vi & vi armata, l. 21. C. de usuris, l. 40. D. de rebus creditis: nec utique intelligitur præcise, & quasi in puncto; sed plerumque civiliter & cum aliquo spatio l. 1. §. 8. D. Ad legem Falcidiam: quomodo Sicilia dicitur *continens provincia*, etsi modico freto ab Italia dividatur d. l. 99. §. 1. hoc exemplo fit in continenti pactum, non modo cum fit in ingressu contractus l. 7 §. 5. D. de pactis, aut in initio contractus l. 5. C. de pactis inter emptorem; sed etiam, cum fit tempore contractus l. pen. C. eod. tit. vel paulo post contractum l. 3. C. de Ediliis actionibus. atque hoc si est: deliberari potest, an in illo Ulpiani d. l. 7. §. 5, *Ea enim pacta insunt quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt, illud, id est, non definiat, sed declarat: ut in d. l. 7. §. 8, & alibi. sic certe observavit V. Cl. Franciscus Duarenus, ad d. l. 7. §. 5. pag. 58. & post eum Arnoldus Vinnius, De Pactis c. ix. Ne hoc quidem filebo: quod, si quis rei suæ legem dicit tempore traditionis, eam servari Gajus ait l. 48. D. de pactis; petita, opinor, origine ex hac Lege Duodecim Tabularum, Si nexum faciet, mancipiumque, ut lingua nuncupassit, ita jus esto: ut alibi in sequentibus tractabo plenius.*

Informare porro & *formare* quid sit, indicat Lactantius, De opificio Dei c. 12, *Ajunt, inquit, non tantum maribus inesse semen, verum etiam feminis, sed earum semen sanguine esse purgatum. quod si recte cum virili mixtum sit, utraque concreta & coagulata informari, & primum quidem cor hominis confingi. Sic Lactantius: informare exponens confingere: desumpta locutione a cera aut luto: cujus forma mutatur fictione etsi eadem maneat massa. optime Ovidius lib. xv. Metamorphos. verba ejus.*

Uique novis fragilis signatur cera figuris,

Nec manet, ut fuerat, nec formas servat easdem,

Sed tamen ipsa eadem est.

Inesse postremo valet idem quod contineri, ut liquet ex collatione d. l. 7. §. 5. cum l. 72. D. de contrahenda emptione. porro alteri inesse, aut eo contineri dicitur quod ei confunditur, atque ejus nomine & jure censetur. hoc sensu Ulpianus l. 47. §. 1. D. de legatis lib. 3. ait, *In empto paratum inesse, in parato non continuo emptum contineri. pro, quod emptum est, paratum esse; quod paratum est, non continuo emptum dici. Eodem modo Ulpianus l. 3. D. de jurisdictione, Mixtum, inquit, imperium esse cui etiam jurisdictio inest: significat enim, mixtum imperium esse quod etiam jurisdictio appellatur. Similiter in l. 7. §. 10. D. de pactis ait, *Inesse dolo & fraudem: pro, dolum esse eundem fraudi. Nec aliter Ovidius, Heroidum epist. 17, quæ est Helenæ ad Patidem.**

Ipse mihi quoties iratus, adultera, dices,

Oblitus nostro crimen inesse tuum.

Delicti fies idem reprehensor & auctor.

Cicero quoque lib. 1. De natura Deorum c. 42. Verba ejus. *Horum enim sententia omnium modo superstitionem tollunt, in qua inest timor inanis Deorum; sed etiam religionem quæ Deorum cultu pio continetur.*

Unde

Unde apparet, Ulpianum *d. l. 7. §. 5.* cum ait, pacta in continenti adjecta bonæ fidei contractibus, iis inesse: velle, hæc pacta illis contineri, seu misceri, seu eorum parte & jure æstimari. & addit Ulpianus: quod hæc pacta actionem ex contractu informant ad alium modum, quam se haberet actio; absque illis pactis foret: id liquere ex eo, quod ubi in continenti quid convenit; pactum dat contractui legem; id est, contractum format: cum ob pactum præsertim perficiatur contractus. ita vero efficitur, ut pactum etsi nudum atque inutile foret, a contractu separatum: tamen ex continenti illi adjectum, neque nudum esse, neque inutile, sed ei sic misceri videatur: ut pro eo actio detur, ex illo contractu, ac ne sic quidem qualis naturaliter est contractus, sed qualis adjecto illo pacto confectus est: eo quod ejus pacti gratia ipse celebratus est, & absque pacto foret, celebratus non fuisset. summa est: quod actio ex bonæ fidei contractu datur ad servandum totum contractum, & ad servandas singulas contractus partes. datur igitur ad servandum pactum quod inest contractui bonæ fidei, & pro ejus parte habetur. sic, si est ei ex continenti adjectum. at si non inest ei, quia est ex intervallo subsecutum: apparet, neque parere, neque informare actionem: quippe cum non det contractui legem. certe is jam non pacti gratia perficitur. imo pactum sit post formatam actionem. ita nudum est; nec censetur contractus parte aut jure, nec tamen inficior, id etsi a parte actoris non insit bonæ fidei contractui, nec illi pariat actionem, quia est ab ejus parte nudum, adhuc reo proficere ad exceptionem. id rescribit Imp. Maximinus *l. 13. C. de pactis.* In bonæ, inquit, fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. Hoc eo verius; quia etiam pactum ex intervallo adjectum contractui stricti juris, reo prodest ad exceptionem. etsi interest inter contractum bonæ fidei & stricti juris; quod exceptio in illo inest actioni *l. 3. D. de rescindenda venditione*: in isto non inest: hoc est, in illo etsi in jure non sit contestata apud Prætozem, tamen in Judicio opposita, Judicis officio continetur. in isto, nisi apud Prætozem contestata in jure, etsi in judicio allegetur, Judicis officio non continetur. id vero valet, actionem in altero ipso jure, in altero per exceptionem tolli: ut ex *d. l. 3. §. 1. l. 28. De actionibus empti & venditi*, aliisque locis, ostendi, libro *De forma emendandi doli mali c. 8.* Unde porro consequens est, ut pactum, sive ex intervallo, sive ex continenti adjiciatur bonæ fidei contractibus, eis semper insit ex parte rei, id est, semper actionem tollat ipso jure: quia reo semper prodest ad exceptionem; eaque semper inest judicio bonæ fidei.

Sed liquet, pactum, cum ex actoris parte inest contractui bonæ fidei, ejus actione servari *l. 79. D. de contrahenda emptione, l. 6. §. 1. l. 11. §. 1. §. 2. l. 13 §. 30. eod. tit.* Nisi pactum spectet ad dissolvendum contractum; ut, si fundus venierit sub lege commissoria, aut sub pacto additionis in diem. nam tum fuit dubitatum; quæ præsertim danda esset actio; dissentientibus, ut mihi videtur, Proculianis & Sabinianis. negabat certe Proculus, actionem ex contractu hic competere ideo: quod adhiberetur ad finiendum contractum, contra naturam actionis ex contractu, tantum ad eum adstringendum inventæ, nec ob-

tinentis eo finito. malebat igitur Proculus, dare actionem præscriptis verbis; solitam obtinere; quoties alii, & certæ locus non est. Ita quidem Proculus *lib. 11. Epistolarum*: nam hæc est Inscriptio *l. 12. D. præscriptis verbis.* Sed Sabino placuit, concedere actionem ex contractu: auctore Paulo *l. 6. D. rescindenda venditione.* & videtur movisse Sabinum, quod pactum in continenti adjectum contractui bonæ fidei, quamvis finiat contractum, tamen inest contractui: ac sicut ex contractu actio datur ad servandum contractum: sic datur ad servandas partes ejus; & per consequens ad servandum pactum commissorium, aut pactum additionis in diem, illi in continenti adjectum. quia data ad servandum pactum, est data ad servandū contractum, adjecto pacto transfiguratū. ita sane Pomponius *l. 6. §. 1. D. de contrahenda emptione*; ac, nisi fallor, ex Sabinii sententia; juvante conjecturâ Inscriptione loci: quæ Inscriptio habet, *Pomponius lib. 9. Ad Sabinum.* Verissima interim fuit Sabinii sententia: etsi Proculi, tanquam tutior, usu magis obtineret: donec Sabinii quoque sententiam Rescripto suo probarunt Imp. Severus & Antoninus *l. 4. D. de lege commissoria.* Ita vero factum fuit, ut tandem utraque reciperetur sententia, cum Sabinii, tum Proculi: teste Paulo *d. l. 6. D. de rescindenda venditione*, & Alexandro *l. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis.*

Sic jus est, si pactum in continenti adjiciatur bonæ fidei contractibus. non idem est, si ex intervallo fiat: ut puta, (quod exemplum *d. l. 7. §. 5.* adfert Ulpianus) post divortium convenit, Ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc, inquit, non valebit; & addit rationem: ea ratio est, ne ex pacto actio nascatur recte: nam pacta si quæ fiant tempore dandæ vel augendæ dotis de ea soluto matrimonio præsentie die restituenda, formant dotis actionem. potest autem dos & dari & augeri tam post, quam ante, contractum matrimonium. post divortium dos neque datur, neque augetur. igitur post divortium facta pactio de dote præsentie die reddenda non prodest ad actionem: quia non ex continenti facta, sed ex intervallo. hoc unum Ulpiani exemplum. est & alterum in his verbis *d. l. 7. §. 5. Idem Marcellus scribit. & si in tutela actione convenit, ut majores, quam statuta sunt, usura præstentur: locum non habebit: ne ex pacto nascatur actio.* Sensus Ulpiani est, pactio non profuturam ad actionem, si dum agitur tutelæ, id est, si finita tutela (nam tum agitur tutelæ *l. 4. D. de tutela & rationib. distrahendis*) interponatur pactio, ut majores præstentur usuræ, quam in tutelæ cæterisque bonæ fidei judiciis Principum Constitutionibus de quibus scripsi *lib. 2. De fœnore & usuris*, definitæ sunt. & additur ab Ulpiano ratio quam jam sæpius attigimus, *Ea enim pacta insunt qua legem contractui dant, id est, qua in ingressu contractus facta sunt.* Tertium exemplum ponit Ulpianus *d. l. 7. §. 5.* in emptione venditione: in qua distinguit, utrum pactum ex intervallo extra naturam contractus, an de ea adjiciatur: & movet Ulpianum auctoritas Papiniani, in *l. 72. D. de contrahenda emptione*, ita scribentis, *Pacta conventa que postea facta detrahunt aliquid emptioni contineri contractui videntur, que vero adjiciunt, credimus (hoc) non inesse. Quod locum habet in his, quæ adminicula sunt emptio- nis: veluti, ne cautio dupla præstetur; aut, ut cum fidejussore cautio dupla præstetur. Sed quo casu agente emptio-*

emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. An idem dici possit, aucto postea vel diminuto pretio, non immerito quaesitum est; quoniam emptionis substantia constituit ex pretio. Paulus notat: Si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu, & nova emptio intercessisse videtur. Substantia Papiniano est sine qua contractus non subsistit, et si velint contrahentes, ea substantia ab Ulpiano d. §. 1. l. 7. natura appellatur: ut ex utriusque loci collatione intelligitur. Proinde si quæ sint extra naturam contractus internam, (sic puto) non pertinent ad substantiam contractus: atque ea a Papiniano d. l. 72. adminicula dicuntur; quasi juvantia contractum, quamquam alioquin ad eum non sint necessaria; denique, cum possint abesse a contractu, tamen sine his non facile celebratus esset. Quid ergo est? si de his adminiculis, id est, de his quæ sunt extra naturam contractus internam, in continenti conveniatur; dicemus, pactum, quia dat contractui legem, ei inesse etiam ad actionem, non tantum ad exceptionem: si ex intervallo subsequatur, ei non inesse, nisi jure exceptionis: ut Papinianus loquitur, nempe, quia jam non legem dat contractui in ejus ingressu: sed cum perfectus est contractus, demum ex intervallo accedit extra ejus naturam & substantiam. itaque non potest haberi, nisi nudum. Hoc mihi sedet: sed, ut recedit a Jacobo Cujacio lib. 14. Observ. c. 28, & aliis eruditissimis hominibus, pluribus confirmandum erit. sic igitur statuo, pactum contractui de ejus adminiculis ex intervallo adjectum, ei non inesse ad actionem: valere tamen, & inesse ad exceptionem: id est, contractum perimere ipso jure, quam ob rem? nimirum ex pacto datur exceptio: atque ea qualificumque sit, inest bonæ fidei iudicio. igitur pactum, quamvis sit ex intervallo factum de adminiculis, contractui inest, & cum ipso jure dissolvit. Atque hoc indigitat Papinianus in d. l. 72. Pacta, inquit, conventa quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur: quæ vero adjiciunt, credimus hæc non inesse. Scio ait Cujacius, emptioni detrahi, ubi de natura emptionis convenitur, quamquam alioquin ei adjiciatur: & emptio ni adjici, cum sit pactum de adminiculis, licet alioquin ei detrahatur. Sed Cujacium, quod cum bona ejus venia dicam, refutat Papinianus. ait enim, hæc distinctionem in his quæ de adminiculis sunt obtinere: in illis quæ de substantia sunt, non obtinere. sic utique ait, Quod locum habet in his quæ adminicula sunt emptionis: ac ne dubitatio esset alterutra in specie, etiam adjicit utriusque exemplum: Veluti, inquit, ne cautio dupla præstetur; aut ut cum fidejussore cautio dupla præstetur. Utrumque exemplum de adminiculis: solet enim duplæ cautio in emptione præstari nuda repromissione sine fidejussoribus l. 56. D. de evictionibus. igitur si ex intervallo conveniatur, ne cautio duplæ præstetur, id pactum, quia emptioni detrahit, emptione contineri, Papinianus ait, quod si placeat, ut cum fidejussore præstetur duplæ cautio: negat Papinianus, hoc pactum, quia emptioni adjicit, emptioni inesse, non igitur pactum, cum de adminiculis sit ex intervallo, & auget contractum, valet ex parte actoris: quia non prodest ei ad actionem: est enim nudum; ex eoque nulla civili jure nascitur actio. aliter ac si detrahat contractum: tum enim inest illi ex parte rei: quia parit exceptionem; quæ bonæ fidei iudicio semper continetur. Idem censet Papinianus, cum pactum adjicit emptioni:

Noodt Operum Tomus I.

nam huc spectant hæc ejus verba, Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. Non me præterit, quod Jacobus Cujacius d. c. 28. hoc, agente venditore, sic accipit, quasi dicat Papinianus, defendente venditore; quomodo ait id verbum usurpari in l. 1. D. de edendo: non ignoro quoque, quod illud, Idem vires habebit jure exceptionis, sic exaudit, quasi significet Papinianus, pacta de adminiculis, cum ex intervallo emptioni adjiciuntur, ea non contineri; & ideo magis ad exceptionem, quam ipso jure, prodesse. Sed neutrum mihi probatur. primum puto, Papiniani verba tantum ad eam pertinere speciem, in qua emptioni adjicitur, deinde exigit interpretatio bonæ fidei, ut exceptio æque hoc in casu insit actioni bonæ fidei, atque in superiore: licet pactum non valeat ad actionem. Pone: inter emptorem & venditorem ex intervallo convenit, ut venditor de dupla caveret datis fidejussoribus: non poterit emptor agere eo nomine: quia hoc pactum aliquid adjicit extra naturam internam contractus: & tamen si venditor pretium petat actione ex vendito, proficiet emptori pactum, agente venditore: nam potest emptor uti exceptione, Extra quam si pactum conventum sit, de dupla caveri cum fidejussore, ea vero exceptio inest iudicio bonæ fidei, sive opposita in jure apud Prætozem, sive illic ommissa, modo apud Judicem allegetur; ideoque ejus officio continetur. Exposui sensum Papiniani in d. l. 72. qui si placet; etiam expositus est ille Ulpiani, in d. l. 7. §. 5. vers. Idem responsum scio a Papiniano: quia eandem persequitur facti speciem, & hanc ex Principiis Papiniani.

Tantum de pactis ad contractuum adminicula spectantibus, sequuntur quæ ad internam contractuum naturam, sive ad eorum substantiam pertinent. hic autem placet, re integra, nihil interesse, utrum ab initio fiat pactum, an ex intervallo: præterea, utrum adjiciat, an detrahat contractui aliquid: adeo pactum in omnibus his casibus contractui non tantum ad exceptionem inesse, sed etiam ad actionem. causa meæ opinionis est; quod sive addatur pretio, sive detrahatur, integra emptione, de ejus substantia quæ ex pretio consistit, nova celebratur conventio; eaque fit, ut a priorie emptione recedi, & quodammodo nova emptio contrahi videatur. Ita Papinianus, & in Notis ad eum Paulus, d. l. 72. D. de contrahenda emptione: etiam Ulpianus d. l. 7. §. 6. D. de pactis, sed aliquanto operosius, unum notabo, quod ibi Florentiæ sic legitur, Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones postea facta quæ ex eodem sunt contracta, insunt, ut constet, in emptione, cæterisque bonæ fidei judiciis, re nondum secuta, posse abiri ab emptione. & reliqua. Sed Jacobus Cujacius lib. 2. Observ. c. 15, pro exceptiones restituit de pactionibus. nulla necessitate: excipere est pacisci, inde exceptio est pactio: & exceptiones postea facta. sunt pactiones postea facta: ut alibi docui. De his vero exceptionibus, sive pactionibus, quæ ex eodem sunt contractu, Ulpianus d. §. 6. sic sentit, eas postea, id est, ex intervallo, factas, ita inesse bonæ fidei judiciis, id est, bonæ fidei contractibus ita contineri: ut constet, in emptione cæterisque bonæ fidei judiciis, (intellige cæteros contractus consensu constantes) re nondum secuta, id est, re adhuc integra, sive re nondum tradita, neque pretio adhuc numerato, posse ab emptione & venditione abiri. quod verum est, & in l. 2. §. 3. D. de rescindenda

Pp

ven.

venditione, § l. 58. *D. de pactis*, confirmatur. Sed non hic quiescit Ulpianus *d. l. 7. §. 6.* longius pergit. nam, si potest, inquit, pacto in totum abiri ab emptione: quid ni ejus pars pactio mutari possit? ut, si verbi gratia, pretium minuatur, aut augeatur. tum enim a priore emptione recedi, & quodammodo nova contrahi emptio intelligitur. ita certe fit, ut contractus idem maneat magis genere, quam specie. fit enim novus: nec tamen est actum de priore in totum abolendo. hoc igitur intuitu possit posterior quodammodo haberi pro pacto priore inhærente. nec male ait Ulpianus, ea effici ratione; ut pactio spectans ad contractus substantiam, non tantum ex rei, sed etiam ex agentis, parte obtineat; nec minus huic ad actionem, quam illi ad exceptionem proficiat. id vero sic confirmat. si potest tota res tolli pacto: cur non & reformari queat; ut quodammodo quasi renovatus videatur contractus; & pactum hoc modo æque ab auctoris, atque a rei parte servetur. simili ratione nec illud reprobatur, quod Pomponius libris *Lectio*num probat, posse in parte recedi ab emptione, quasi repetita partis emptione. Hoc, si res sit integra. quid, si desierit esse talis? puta; ego quæ me ex empto præstare tibi oportebat, præstiti: & cum tu mihi pretium deberes; convenit inter nos, ut rursus præstitis mihi a te in re vendita omnibus quæ ego præstiti, mihi non dares pretium: tu mihi ea præstitisti, ait Neratius *l. 58. D. de pactis*, visum esse Aristoni, te desinere pretium debere: & præfatur; quod interpretatio bonæ fidei ad quam omnia hæc rediguntur, hanc quoque conventionem admittit: Neratii sensus est, vel ex hoc pacto nasci exceptionem; sed inesse bonæ fidei iudicio: igitur ex hoc quoque pacto desinere te pretium debere ipso jure. utique nil interesse, inquit; utrum integris omnibus in quæ obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur; an in integrum restitutionis his quæ ego tibi præstitissem; consentiremus: ne quid tu mihi eo nomine præstares. Addit Neratius §. 1. *d. l. 58.* illud plane conventionem quæ pertineat ad resolvendum id quod actum est, non posse perfici: ut tu quod jam ego tibi præstiti, contra præstare cogaris: scilicet, quod eo modo non tam agitur, ut discedamus a pristino negotio, quam ut novæ quædam obligationes inter nos constituentur. id vero ex intervallo non potest fieri pacto nudo: sicut nec eo pacto potest ex intervallo tolli obligatio: ubi res desit esse integra.

Possim videri plus satis dixisse de pactis, bonæ fidei contractibus in continenti adjectis: sed mihi aurem vellit Papinianus *l. 7. D. de servis exportandis*, & monet, ea pacta non in infinitum servari actione contractus: sed demum, si consistent intra naturam contractus: nam si ab ea sint aliena, aut ejus modum formamve egrediantur, destitui, & extra actionis potestatem haberi. est exemplum Papiniani egregium in pacto de præstanda pœna, ob non servatam contractus fidem. Verba Papiniani apposui. *Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut pœnam præstaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit: acturus utiliter, si non servata lege, in pœnam quam alii promissit, inciderit. Huic consequens erit, ut hætenus agere possit, quatenus alii præstare cogitur: quidquid enim excedit, pœna, non rei persecutio est. Quod si, ne pœna causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agatur. Nec*

videntur hæc inter se contraria esse: cum beneficio adfici hominem, intersit hominis: enimvero pœna non irrogata indignatio solam duritiam continet. Proponitur servus esse venditus: ea lege, ne in Italia esset; & si aliter factum esset, convenisse; ut pœnam præstaret emptor. postea facto adversus legem contractus, quæritur; an venditori jus sit, vindictæ ratione ex vendito agere pacti ejus nomine? negat Papinianus: arbitratus, tale pactum egredi formam non dicam venditionis, sed omnium contractuum. quis enim contractus, unam si excipias stipulationem, pœnæ gratia comparatur? nullus. contra omnes finiuntur rei de qua contrahitur, utilitate: id est, æstimatione ejus quod contrahentium interest, adeo, lucri cessantis & damni emergentis, vel etiam affectus pii & honesti quem facile probet arbiter in iudicio bonæ fidei *l. 54. D. Mandati*. His igitur modis si intersit agentis ex lege contractus bonæ fidei: siverunt Veteres agi, non repugnante contractus forma. si non sic intersit ejus: noluerunt agi ex contractu *l. 32. D. Locati, l. 8. §. 6. D. Mandati*: etsi de pœna in continenti convenit: quia pœna non est res ad quam spectat contractus; sed persecutio vindictæ, extra modum rei debitæ, extraque formam contractus, pæctive ei adjecti, constitutæ: excepta, ut dixi, stipulatione: inventa firmandarum aliarum conventionum gratia. ita sustinens, fidem contractus aliqua obstringere pœna, hanc non pacisci, sed stipulari debet: quando in pœnæ stipulatione non quæritur, quantum cuiusque intersit, sed quæ quantitas sit in stipulatione *l. 3. §. 1. & l. 38. §. 17. D. de verborum obligationibus*. at hic nulla facta est pœnæ stipulatio. tantum pacto convenit de pœna. non igitur actione ex stipulatu hic petetur pœna, quia non est promissa stipulatione: nec actione ex vendito, quia est extra potestatem ejus contractus, utique quatenus pergit ad vindictam. nam si ei misceatur rei persecutio, ut si venditor ipse ob non servatam legem aliquid sit daturus alii: adhuc rationis est, hætenus ei dari actionem ex vendito: quia ejus sic interest pecuniæ ratione: ultra est studium vindictæ, cujus non est probabilis paciscendi causa, utpote habens propositum magis duritiæ, quam ejus quod interest; & ideo interpretatione bonæ fidei minime adjuvandum. Sic Papinianus libro 10. *Quæstionum*, ex quo est *d. l. 7.* sed deinde libro xxvii. ex quo est *l. 6. D. de servis exportandis*, transit in Sabini sententiam, a priore diversam: non quod eum pœniteret rationis piæ & humanæ: sed quod sentiret, se esse lapsum errore facti. ante enim putabat, non aliter agi ex vendito, quam si venditoris interesset pecuniæ ratione: veluti, quia ipse pœnam alii promississet. non autem convenire viro bono, credere, venditoris idcirco interesse, quod non esset lævantis animo satisfactum. nunc a Sabino edoctus, venditorem minoris vendidisse servum ea lege, ut extra Italiam exportaretur: videt, ejus interesse, servum exportari, non modo ob vindictam; sed etiam propter fidem æstimationis servi, idcirco, ut exportetur, minoris venditi: eamque æstimationem efficere partem pretii, & actione ex vendito recte peti.

Æque notabile est sequens Pauli exemplum *l. 11. D. de religiosis*. verba Pauli. *Quod si locus monumenti hac lege venierit, Ne in eum inferrentur, quos jus est inferri: pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.* Venditus proponitur locus monumenti: id est, fundi portio in qua erat monumentum sive sepulchrum. venditus autem est is locus: ea lege, Ne venditor inferat

ferat quos jus sit inferri. ait Paulus, non sufficere tale pactum, ut emptori pariat empti actionem, venditore mortuum inferente adversus legem venditionis. nam pecuniæ ratione, quo unice tendit ex empto actio, non interesse emptoris, id fieri: contra hoc magis spectare ad pœnam quæ sit extra contractus formam: igitur posse hoc conveniri stipulatione pœnæ, in qua non inspicitur, quanti stipulatoris interfit, sed quæ sit quantitas stipulatione comprehensa.

Ejusdem generis est hoc Pomponii *l. pen. D. de pactis*. Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat: aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat: aut ne vicino invito prædium alienet. Quo planior fiat locus asper: ante monebo, quod is pertinet ad materiam de emptione & venditione: sub qua etiam melius fuisset posita: quando est ex Pomponii *lib. 9. Ad Subinum*: ex quo sunt *l. 4. 6. 8. 13. 16. 18. 20. D. de contrahenda emptione*, item *l. 1. D. de hereditate vel actione vendita*, & *l. 5. D. de periculo & commodo rei vendita*: omnes peræque de emptione & venditione loquentes. sit igitur talis species, aliquis fundum suum vendidit: hac lege, ne emptor eam dedicaret; neve in eo mortuum sepeliret; aut ne invito vicino prædium alienaret. emptor facit adversus fidem pacti. an venditori competit venditi actio. quaestio in eo vertitur: quod pactum, in continenti adjectum contractui bonæ fidei ei inest. negat tamen Pomponius, tale pactum efficere quod intendit venditor: nempe, quia domino invidet libertatem re sua utendi, prout ei videtur; etsi venditoris nihil interfit. non igitur oportuit hoc effici pacto bonæ fidei contractui in continenti adjecto: sed pœnali stipulatione. Sic Pomponius ex disciplina sui temporis. quam mutavit Imp. Justinianus *l. ult. C. de pactis inter emptorem*: jubens, talem pactiorem valere, ex eaque venditi actionem dari: duplici ratione. prior est, quod venditor, cum esset rei suæ dominus, absque ea lege esset, rem suam emptori non tradidisset. altera ratio est; quod poterat venditoris interesse. quid enim, si idcirco minoris vendidit? certe placet hoc Sidonii Apollinaris *lib. 12. epist. 14. Non magis cordi est aut voluptati ager cum redditibus amplis, quam vicinus aequalis cum bonis moribus*. Et apparet res in eo Apuleji *lib. ix. Metamorph. At enim casula parvula conterminos magnos & beatos agros possidebat vicinus potens & dives & juvenis, & prosapia majorum gloria male utens; pollensque factionibus, & cuncta facile faciens in civitate, hostili modo vicini tenuis inturbabat pauperiem, pecunia trucidando, boves abigen-*

do, fruges adhuc immaturas obterendo. Namque totum frugalitate spoliatum, ipsis etiam glebulis exterminare gestiebat; finitumque inaniv commota questione, terram totam sibi vindicabat.

Cæterum sicut pœna promissa præter rem bonæ fidei contractui debitam, habetur extra contractus potestatem, etsi promissa pacto in continenti adjecto; nec potest peti, nisi actione ex stipulatu, si in stipulationem sit deducta: ita ne usura quidem olim pacto promitti potuit in contractu bonæ fidei, ut maxime ei in continenti adjiceretur: resistente ejus forma: quia non magis usura, quam pœna, nascitur ex pecuniæ corpore, ideoque non est in pecuniæ fructu *l. 121. D. de verborum significatione*, nec circa eam consistit, si de intercepto lucro, si de illato damno, agatur, saltem ut sufficiat Judicis ad probationem ejus quod interest: ad cujus estimationem omnis contractus spectat. tantum usura in stipulationem deductas, ex stipulatu petitur: eo quod in stipulatione non inspicitur, quanti interfit stipulatoris, sed quæ sit quantitas stipulatione comprehensa: ut de pœna, quo nomine etiam usura indigitatur, supra dixi. Hanc opinor fuisse Jure Civili formam omnis contractus, tam bonæ fidei, quam stricti juris; usque ad D. Pium: sed ejus Constitutione (quod primus observavi, *De fœnore & usuris lib. 3. c. 6. & lib. 1. c. 5*) memorabilem accidisse mutationem. cum enim ante circa usuras nihil valeret Judicis officium, ne in bonæ quidem fidei judiciis ex mora; nec sub colore ejus quod interest, una excepta societate ex Labeonis sententia, a Pomponio approbata *l. 60. D. Pro socio*; contra sola valeret stipulatio, ut idem docet Pomponius *d. l. 121*: deinde placuit Constitutione, & quidem D. Pii; (sic enim conjeci *d. lib. 3. c. 6*) ut generaliter in bonæ fidei judiciis, quatenus ad usuras attinet, tantum posset officium arbitri, quantum stipulatio *l. 24. D. de depositis. l. 7. D. de negotiis gestis*; igitur illo ex tempore, quod ante non erat jus, ceperunt usurae in bonæ fidei judiciis; itemque in legatis & fideicommissis, vicem fructuum obtinere *l. 34. D. de usuris*; & sub eo quod interest, id est, sub lucro cessante & damno emergente officio Judicis comprehendi: simul eo obtinuit, ut usurae in bonæ fidei contractibus æque ex pacto in continenti adjecto, atque ex stipulatione, promitti possent, non modo post, sed etiam ante mortem *d. l. 24. l. 17. §. 4. D. de usuris*. at in stricti

etiam juris contractibus veteri juris forma tantum stipulatione promitti possent; nudo pacto non possent.

CAPUT XII.

De pactis adjectis contractibus stricti juris.

In bonæ fidei contractibus. at de stricti juris contractibus silet Ulpianus *l. 7. §. 5. & 6. D. de pactis*: sed ego didici, interesse: utrum pacta his in continenti, an ex intervallo adjiciantur; item utrum addant, an detrahant obligationi: nam in continenti adjecta, si addant obligationi; non inesse ex parte actoris, neque formare actionem. si detrahant; inesse ex parte rei, & actionem tollere vel transfigurare ipso jure. quod si ex intervallo sint subiecta, siue quid detrahant, siue adjiciant contractui: ei non inesse; ita nec tollere actionem ipso jure; & tantum ad exceptionem proficere. Sic Ve-

teribus visum; non tamen semper, neque omnibus: nam ut alibi, sic hic, usus quædam ex antiqua mutavit forma; etsi parcius in mutuo, quam in stipulatione. fuerit id curiosæ observationis: ac si fastidio non erit mea diligentia: exequar singula meo ingenio exemplis aliquot non inelegantibus.

Familiam ducet Ulpianus *l. xi. §. 1. D. de rebus creditis* verbis sequentibus. Si tibi dederò decem (sic); ut novem debeas: Proculus ait, & recte, non amplius te ipso jure debere, quam novem. sed si dederò, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non posse. Exemplum hoc in mutuo: in quo duo

dicat Ulpianus, atque ex auctoritate Proculi: qui, ut mihi videtur, princeps ausus fuit, hic recedere a Veterum definitione, non in totum, sed ex parte. primum ait Ulpianus, si dederō tibi decem mutuos; hoc pacto, ut novem debeas: te ipso jure novem debere, non decem. & movet Ulpianum: quod id pactum mutuo in continenti est adjectum: nec ei addit, sed detrahit. inest igitur mutuo ex parte rei; & certi condictionem ex eo natam, quatenus datum est, ipso jure tollit, quantum attingit ad decimum nummum. hoc primum Ulpianus: sequutus Proculum, qui sic primus statuit adversus veterem Juris formam. quid deinde Ulpianus? Si, inquit, dederō tibi decem; ea lege, ut undecim debeas: Proculum putare, amplius quam decem, condici non posse. sic Ulpianus: significans, Proculum nihil hac in parte mutasse ex Juris regula. nam pactum ut undecim debeas, cum decem accepisti, auget mutui obligationem: & ideo non inest mutuo ex parte actoris; nec informat certi condictionem ex mutuo, quatenus datum est, competentem.

Non ignoro, passim aliam adduci causam, cur in *d. l. xi. §. 1.* decem datis ex mutuo, & adjecto pacto, ut novem, aut ut undecim debeantur: in altero casu tantum novem, in altero tantum decem, debeantur. ajunt scilicet, in altero donatum videri nummum decimum: in altero obligationem re non contrahi ultra quam datum sit. Sed neutra responsio nostram moratur sententiam. primum non nego, decem datis ex causa mutui, ut novem restituantur, debitori donatum esse nummum decimum. quin fateor, quia hæc donatio ei pacto facta est; non posse decem cum effectu peti. at est error hoc queri existimantium. illud vertitur: si nihilominus creditor decem a debitore petat certi condictione, id est, actione stricti juris: quomodo servanda usu Fori Romani ea donatio videatur: ipsone jure, an pacti exceptione ex hoc Edicto? istæ res est, atque ea huc redit: utrum tale pactum insit mutuo, id est, contractui stricti juris: an non insit. nam si non inest ei: jam nudum est; nec prodest ipso jure, sed per exceptionem. sin inest ei: magis actionem tollit ipso jure, quam per exceptionem. quid ergo est? ait Ulpianus, non amplius te ipso jure debere, quam novem. putat igitur, pactum mutuo, id est contractui stricti juris, in continenti adjectum, cum detrahit obligationi, inesse ex parte rei, & certi condictionem ipso jure expungere. respondi primæ objectioni: videamus alteram.

Hæc æque infirma. concedamus enim, quod ajunt, decem datis, ut undecim debeantur, non undecim, sed decem deberi: eo quod non potest obligatio re nasci ultra, quam datum sit: non tamen id propositam expedit difficultatem. adhuc enim quero, cur apud Ulpianum ex mutuo quod re contrahitur, non possit propter adjectum pactum ultra id quod datum est, obligatio nasci Civili Jure? ea vero non alia est, quam quod pactum, mutuo in continenti adjectum, si quid addat obligationi, non inest ex parte actoris; itaque nudum manet, & nullius momenti est. alioquin depositum æque re contrahitur ac mutuum: & tamen ex nummis, sine ob signatione depositis ea lege, ut usuræ præstentur, donec tantumdem reddatur: placuit Papiniano *l. 24. §. 1. D. Depositi*, etiam Paulo *l. 26. §. 1. D. eod. tit.* usuras deberi actione depositi: quamvis negari nequeat, sic obligationem re nasci ultra, quam

depositum est. putemus igitur, inter mutuum & depositum (etsi utrumque re contrahatur) interesse: quod mutuum est contractus stricti juris; depositum bonæ fidei: ideoque pactum deposito adjectum de præstandis usuris, deposito inest ex parte actoris, & format depositi actionem: postquam placuit Divo Pio, quod superiore ostendi capite, in bonæ fidei judiciis, quoad usuras, tantum posse officium arbitri, quantum valet stipulatio *d. l. 24.* at mutuo non inest tale pactum; nec paciscenti prodest ad petendas usuras *l. 3. §. 1. C. de usuris*: quippe cum in stricti juris judiciis, exceptis legatis & fideicommissis, non placuerit Divo Pio, circa usuras mutare veterem formam, sed eas adhuc, tamquam pœnam, tantum stipulatione deberi.

Atque huc etiam it Paulus *l. 17. D. de pactis*, pulchra & elegante, sed cujus vis, mea opinione, nondum satis intelligitur. ipsa interim est ex Pauli lib. 3. Ad Edictum, eoque propria hujus loci, ita nec pigebit me, in eam diligentius inquirere. verba Pauli. *Si tibi decem dem, & paciscar*, ut viginti mihi debeantur: *non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* Ut planior fiat Pauli sententia, obiter præmittam, quod est citra controversiam, si tibi decem dem, nec paciscar, ut mihi viginti debeantur: nihil mihi deberi præter decem: eo quod non potest re nasci obligatio, nisi quatenus datum sit. hoc exploratum omnibus; nec est quæstioni Paulo. sed quid, si interveniat tale pactum, ut plus debeatur, atque in continenti, ubi contrahitur mutuum? ea est Pauli quæstio. ait vero, nec jam nasci obligationem ultra decem. vere & meditate: nam si absque eo pacto sit, non potest mutuum, id est, re, ultra quam datum est, nasci obligatio. at nec causa est, cur magis, ob adjectum tale pactum, ultra quam datum est, nascatur. quia ultra nil adest creditori: ac si ultra ei promittatur; pœna aut usura vocatur: ad quam non spectat natura mutui; sed stipulatio, si subjecta sit: quod si non sit; pactum nudum est, atque inutile Civili Jure. non enim inest contractui stricti juris, qualis est mutuum: quia in eo nihil mutavit Divus Pius: ut supra dixi. igitur etiam post id pactum manet mera atque integra mutui natura: non permittens, re nasci obligationem; nisi quatenus datum sit. exposui primū exemplū quod est de pactis mutuo adjectis.

Alterum erit de pactis stipulationem sequentis. tale exemplum est apud Paulum *l. 4. §. ult. D. de pactis*: quæ est ex libro ejus tertio Ad Edictum. verba Pauli. *Ex facto etiam consultus, cum convenisset, ut donec usuræ solverentur, fors non peteretur, & stipulatio pure concepta fuisset; conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.* Species Pauli. Dediti Mævio mutuos centum. eos cum usuris tibi dari stipulatus es: & convenit in continenti, Ne fors petatur, donec usuræ solvantur. solutis suo tempore usuris, dubitatum est: non, an fors repeti possit; (certum est enim, non posse cum effectu peti, propter pactum conventum) sed utrum actor, si eam petat, per exceptionem, an ipso jure removeatur? ea quæstio in eo versatur: utrum pactum stipulationi insit? si enim negamus, inesse stipulationi: actor exceptione repellitur. sin dicimus, ei inesse: verius est, eum ipso jure removeri. quid igitur est? ait Paulus, conditionem perinde inesse stipulationi, atque si hoc expressum esset. ipso igitur jure reum adjuvari. Ex eodem, opinor, fonte profluxit hoc Ulpiani *l.*

41. §. 1. *D. de verborum obligationibus.* Quotiens in obligationibus dies non ponitur, presenti die pecunia debetur: nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne presenti die pecunia debeatur.

Ceterum quod ex Paulo & Ulpiano dixi, non semper obtinuit, nec omnibus sedit. nam ab initio, atque ut ego conjicio ex *d. l. xi. §. 1. D. de rebus creditis*, ante Proculum vigeat contraria Juris regula. eamque Sabinum recinuisse, & sibi placere, Cassius retulit, apud Papinianum *l. 4. D. de servitutibus*. fuerunt quoque Papiniani, Pauli, & Ulpiani tempore qui pro ea starent fortiter. observavi id ex *l. 40. D. de rebus creditis*. refertur ibi historia cognitionis *Emilii Papiniani*, Praefecti Praetorio: in qua ambigebatur; utrum pactum in continenti adiectum stipulationi, reo ad exceptionem proderet ex hoc Edicto; an magis stipulationi inesset, & ipso jure servaretur; placuit autem Papiniano de Consilii sententia, pactum in continenti adiectum stipulationi, ei inesse, & supervacuam reo esse exceptionem. ita factum; ut ad certum adduceretur consuetudo de qua usque adhuc fuerat inter Proculianos & Sabinianos variatum. Rem veram narro, at paucis notam, certe a nullo, quantum recordor, traditam fuerit igitur tanti, eam demonstrare. ipse sic, ut dixi, Paulus *d. l. 40.* clara & nobili, ac jam a me exposita *lib. 3. De fenore & usuris c. 4.* solum igitur notabo quod hujus loci est, ex ea liquere, fuisse in Auditorio *Emilii Papiniani*, Praefecti Praetorio, quaesitum; utrum pactum in continenti adiectum stipulationi, ei inesset ex parte rei, id est, reo sine exceptione prosit ipso jure: ac fuisse qui negaret; sed diversam sententiam obtinuisse Decreto Papiniani. Sic Paulus. hoc vero quid vult; nisi, quod ante dixi, pactum quod ad minuendam stipulationem pertinet, ei inesse ex parte rei, in ejusque honorem aut omnino tollere, aut transfigurare aliquatenus stipulationem, actionemque ejus. nempe, ut cum stipulatione primum comprehensum esset de sorte solvenda primis Kalendis, deque praestandis usuris pro sorte illis Kalendis non soluta, ac deinde pacto in continenti adiecto stipulationi, constituti essent dies alii solvendae sorti; ea mutatio ipsa contineri stipulatione existimetur; perinde quasi ab initio ei inserta esset. ostendit igitur Paulus veterem Juris regulam: ostendit etiam consuetudinem ei contrariam; atque hanc, cum de ea dubitaretur, Papiniani Decreto in judicio confirmatam tandem, receptamque esse in stipulatione.

Nec tamen hoc caret difficultate, pene inextricabili: quando in §. 3. *Inst. de verborum obligationibus* sic scribit Imp. Justinianus. Si ita stipuleris, Decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes? & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur. Species. Titius a Sempronio stipulatur decem aureos annuos. Sempronius paratus est, eos promittere; dum Titius in stipulatione adjiciat, quoad vivam. consentit in conditionem Titius. fit stipulatio: inseris verbis, Quoad vivam. an inest stipulationi pactum ei ex continenti adiectum? non inest. quo argumento? quia perpetua est haec stipulatio; quamquam paciscentibus placeat, esse temporalem. superest certe actio ex stipulatu post Titii mortem: potestque heres Titii agere ex stipulatu ipso jure: sed instituta ab herede actio, ex hoc Edi-

cto pacti exceptione infirmatur. Adhuc igitur valet Juris regula, nulla infracta consuetudine. Sed quid est? minime miror, a Justiniano in Institutionibus allegari regulam cui jam olim derogavit consuetudo; etsi nulla consuetudinis facta mentione: saepe hoc fit. magis miror, Papinianum *l. 4. D. de servitutibus*, & Paulum *l. 44. §. 1. & 2. D. de obligationibus & actionibus* de quibus jam dixi, ad eundem disputare modum. Nec tamen erravero; si in his quoque malim, regulam cum consuetudine conjungi, quam ab ea separari. hac enim via in illis Veterum Fragmentis quae non habemus integra, sit difficultas: illa evitatur. Id multis demonstravi *lib. 1. Probabil. c. 2. & 3.* sed quia est eximii usus, si veram sequamur rationem: non gravabor, adhuc exemplum unum quod sit plurimum instar, adscribere. Exstat in *l. 12. D. de obligationibus & actionibus* haec regula ex Pomponii *lib. 29. Ad Sabinum. Ex depositi & commodati, & mandati, & tutela, & negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.* Viguit ea regula Pomponii tempore in omnibus his actionibus: sed mutata est deinde circa tutoris heredem, opinor, Severi, & Antonini Constitutione quae est in *l. 1. C. de heredibus tutorum & curatorum*: cujus verba sic restituenda sunt ex *Basilic. lib. 38. tit. 7. tom. 5. pag. 104. Heredes tutorum ob negligentiam quae lata culpa comparari possit, condemnari non oportet: si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit.* Patiamur igitur, utrumque conjungi locum; & tam notabilem liquere Juris inclinationem. Sit ita, quoad Pomponium: is enim qui potuit nosse Severi & Antonini Constitutionem tot annis post ejus obitum nascituram? sed quid faciemus Paulo? qui sub illis floruit; & *lib. 18. Ad Plautium* ex quo est *l. 49. D. de obligationibus & actionibus*, sine ulla ejus Constitutionis mentione, atque eodem plane modo quo Pomponius, scribit: *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est.* Idem censeo quod de Pomponio dixi fabulae. nisi ipse hanc regulam Paulus cum sequuta Constitutione conjungit. ubi? in *l. ult. D. de fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum*. verba Pauli. Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres tentatur, idem puto observandum (&) in tutela actione. Sed Constitutionibus subvenit est ignorantia heredum. hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione & penales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.

Dedi memorabile exemplum quod imitemur in *d. §. 3. Inst. de verb. obligat. item d. l. 4. D. de servitutibus*, & *d. l. 44. D. de obligationibus & actionibus*. quin arbitror, etiam his in locis (quorum species pleraeque ex usu sui temporis conjungit Julianus *l. 56. §. 4. D. de verborum obligationibus*) referri regulam a qua tandem sit consensu omnium Juris Auctorum recessum: etsi ante variaretur. Ac jam palam de suo tempore Ulpianus *l. 41. §. 1. D. eod. tit.* quae est ex *lib. 50. Ad Sabinum*, Dies, inquit, adiectus efficit, ne presenti die pecunia debeatur. Non ait, ne pe-

tatur, sed ne debeat. atqui ex regula juris cesset quidem dies, sed non venerat: itaque etsi peti non posset, tamen interim debebatur. sic idem Ulpianus ex lib. 1. Regularum in l. 213. D. de verborum significatione. quod diligentissime notandum. Præterea velim, deliberent eruditiores, an huc quoque intendat Imp. Justinianus l. ult. C. de legatis: Jam, inquit, constitutum est, fieri posse temporales donationes & contractus. Me enim quod attinet; prope est, ut censeam. ita non sint Civili Jure temporales contractus, nec temporales donationes; ne fiant quidem, ob adjectum pactum, temporales ante Papiniani Decretum: (quia tempus Jure Civili non est modus inducendæ aut finiendæ obligationis l. 44. §. 1. D. de obligationibus & actionibus: nec propter adjectum pactum esse incipit, eo quod hujusmodi pactum non inest stricti juris contractui, qualis est stipulatio) est tamen, ut Justinianus ait, jam constitutum, atque, opinor, a Prudentibus. nam & hi constituere, & ipsorum Constitutiones dicuntur l. 1. D. de privatis delictis, & l. 91. §. 3. 4. & 6. D. de verborum obligationibus. est, inquam, jam constitutum, sive est in hoc communi itum consensu post Decretum Papiniani: ut pactum in continenti adjectum stipulationi, ei insit, actionemque ex stipulatu tollat ipso jure, & contractum faciat temporalem qui ante non erat talis. Sane, quod ad bonæ fidei contractus attinet: non fuit opus Papiniani Decreto: cum emptionem & venditionem, verbi gratia, etiam ante Papinianum, temporalem faceret lex commissoria, & addictio in diem. sed & Paulus l. 1. D. Pro socio exponens formam societatis regulis juris receptam, ait, Societatem coiri posse vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione. nimirum, quia tale pactum bonæ fidei contractui in continenti adjectum, ei inest ipso jure, nec desiderat exceptionem, ultro comprehensam Judicis officio.

Utilis & necessaria fuit superior disputatio. sed non minus pulchra est quæ sequitur: an stipulationi etiam ad actionem insit pactum, cum augeat contractum: is enim restat scrupulus adhuc molestus Jurisprudentiæ. etiam memini, me ante hac existimare, tale pactum stipulationi, etsi in continenti adjectum, non inesse: sed nudum manere; ideoque stipulatori ad actionem non prodesse. Nunc me in contrarium vocat Paulus l. 40. D. de rebus creditis: non permittens ultra; ut putem, hæc ejus verba (quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si &c.) non pertinere ad formandam ex stipulatu actionem: si quando pactum augeat ex stipulatu obligationem: sunt enim laxiora, quam ut patiantur, se restringi ad propositam illi speciem: in qua pactum minuebat obligationem: etsi huic a Paulo recte applicentur. una sit cautio: ut pactum fiat de re stipulatione comprehensa, & fere circa ejus causas, quales sunt modus, tempus, locus, consistat. nam si ad augendam rem, aut quantitatem in stipulationem deductam spectet: contra est. id ut putem, auctor mihi Ulpianus l. 1. §. 3. D. de verborum obligationibus, verbis sequentibus. Si quis simpliciter interrogatus responderit, Si illud factum erit, dabo: non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus, intra Kalendas quintas, responderit, dabo Idibus: æque non obligatur. non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et versa vice si interrogatus (fuerit) sub conditione, responderit pure: di-

cendum erit, eum non obligari. Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem: nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. Species talis est. Titius rogat Sejum pure, Dabis? Sejus responderit sub conditione, Si illud factum erit, dabo. an valeat stipulatio? quæritur. sed negat Ulpianus. idemque esse dicit; si ita interrogatus Sejus, intra Kalendas quintas dabis: responderit, Dabo Idibus. & versa vice, si interrogatus sub conditione, responderit pure, quam ob rem? quia in omnibus his casibus non sic respondit Sejus, ut interrogatus est. ut autem sit stipulatio, debet interrogationem sequi responsio, ipsa interrogationi congrua. nam respondere (ut Varro ait lib. 5. De lingua Latina) est spondere ad voluntatem rogantis. itaque (addit Varro) qui ad id quod rogatur, non dicit, non respondet. Optime igitur Ulpianus, Cum, inquit, adjicit aliquid, vel detrahit obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem. Hoc Ulpianus, Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: & præfatur, Tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. Ait, alia stipulatio: pari sensu, quo a Paulo l. 72. D. de contrahenda emptione dicitur nova emptio; & ab ipso Ulpiano l. 7. §. 6. D. de pactis dicitur renovari contractus. Vult igitur Ulpianus, (redeundum enim est ad d. l. 1. §. 3.) semper vitiari stipulationem: si quæ inter responsionem interrogationemque adjiciendo vel detrahendo cadat diversitas: modo in hanc illico non consentiat stipulator. alioquin perinde esse, ac si interrogationem sequuta sit congrua responsio: eo quod pactum stipulationi in continenti adjectum, sive addat, sive detrahat, ea non minus continetur, quam si ab initio sic contracta fuisset. sane uti ad stipulationem non est satis, esse consensum: ita absque illa foret interpretatione, vix posset nudo stipulatoris consensu in diversitatem responsionis nova contrahi stipulatio. ut enim maxime dicatur stipulator in diversitatem consensisse ejus approbatione: non ideo dicitur nova usus interrogatione quam postulat forma stipulationis. Putemus igitur, stipulatorem confestim consentiente in diversitatem responsionis, Ulpiano idcirco videri aliam contrahi stipulationem: quod pactum stipulationi in continenti adjectum, sive addat, sive detrahat, ea æque continetur, ac si stipulatio ad hunc modum ab initio sit concepta: ideoque tam formet, quam tollat ex stipulatu actionem. Sic: si conventio in continenti adjiciatur de re stipulatione comprehensa, & intra ejus causas consistat. nam de his agit Ulpianus d. l. 1. §. 3. At si foras spectat conventio, & augeat stipulationis quantitatem, aut agat de obligatione amplianda aliis rebus, quam de quibus stipulatio facta est: non putat Ulpianus, eam stipulationi inesse; eoque stipulatori ad actionem prodesse. id enim significant hæc ejus verba d. l. 1. §. 4. Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas: non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas: obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestum est, viginti & decem inesse.

Vix ipse me absolvam ab anxia & prope misera diligentia: si iterum quæram, an pactum mutuo in continenti adjectum, cum augeat obligationem, mutuo insit ex parte actoris, eique ad actionem proffit: cum in superioribus ex l. 11. §. 1. D. de rebus creditis ostenderim, placuisse Proculo, hic scri-

vare antiquam Juris formam. Est tamen quod mentiri possit a sequentibus Gaji verbis in *l. 48. D. de pactis*: *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum est.* Solet enim Gajus sic accipi: quasi dicat, quaecumque pactum rerum traditionibus adjectum, ubi non servatur actione nominati contractus, adhuc valere in modum innominati, ita decem datis, ut undecim reddantur: nummum undecimum non quidem peti conditione certi ex mutuo, sed actione praescriptis verbis peti. At hoc parum conturbat rationes meas, est enim verum quod dixi, pecunia vel alia quantitate data, ut restituatur in eodem genere, & praeterea detur vel fiat aliquid: videri mutuum; pactum autem adjectum de augenda obligatione, pro nullo esse, nempe, quia est adversus naturam mutui, ut non sit gratuitum, quamdiu retinet nomen suum. mutuum certe ob hujusmodi pactum non magis transit in contractum innominatum, quam in obligationem foenebris pecuniae, neutrum enim proditum est apud nostros; quia neutrum receptum est Civili Jure. quin Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 14.* ait, *Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullus est momenti*: & hanc addit rationem Paulus. *Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* Simili modo negant Imp. Severus & Antonius, *l. 3. C. de usuris*, usuras foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti: etsi confiteantur, solutas ex pacti conventionem neque ut indebitas repeti, neque in sortem accepto ferendas esse, quod non minus falsum, quam dictu absurdum foret; si sine stipulatione promissae nudo pacto in traditione mutuae pecuniae, tamquam ex innominato contractu, actione praescriptis verbis peterentur. Ad haec accedit: quod in paucis casibus obtinuit, jure singulari: ut ex pacto adjecto traditioni creditarum pecuniarum usurae debeantur, tale exemplum in foenore nautico *l. 7. §. 1. D. de foenore nautico*, in pecuniis a civitate creditis *l. 30. D. de usuris*, in frumento aut hordeo mutuo dato *l. 12. C. eod. tit.* & in pecuniis ab argentariis creditis ex *Novella 136. c. 4.* Quo privilegio an fuisset in his opus: si pactum in continenti adjectum traditioni mutuae pecuniae, tamquam ex innominato contractu, actionem praescriptis verbis ad sortis incrementum produceret? nullo modo. At Gajus obstat *d. l. 48.* Quid, si respicit ad Legem Duodecim Tabularum cujus haec sunt verba apud Festum: *Si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto?* id mihi persuadet Inscriptio *d. l. 48. Gajus lib. 3. Ad legem XII Tabularum.* quantum vero

conjectura assequor: complura notavit ea in Lege Gajus. primum est, locutam fuisse de rebus mancipi: sed usum ejus vim porrexisse etiam ad res ceteras. alterum est: quod Lex cavet de solemnium mancipatione inter cives Romanos fieri solita: Gajus autem quod Lex de mancipatione dixit, etiam in traditione observari sinit: nec inter cives Romanos tantum, sed inter alios quoque, praeterea non effugit Gajus diligentiam: quod Lex non fuit de omni locuta pacto; sed de solemnium: *Si, inquit, nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto.* at Gajus ait, *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere.* Quid ergo est? tantum vult Gajus, licere domino a quo qualiscumque res tradatur ex causa venditionis, doris, donationis, aut innominati contractus, ejus traditioni quam velit, legem dicere; & dictam actione bonae fidei, aut praescriptis verbis, servare; quod verissimum est; modo sit intra formam contractus; ut si respicit ad id quod paciscentis intersit ob rem debitam. Eo sensu Ulpianus *l. 7. D. de rebus creditis* ait, *Omnia qua inseri stipulationibus possunt, eadem etiam possunt numerationi pecuniae*: & ideo & conditiones. Sic: si paciscentis intersit ob rem debitam, quod si alio spectet: contra est. quia egreditur modum contractus, pactionisque, exemplum in pacto de usuris, traditioni pecuniae mutuae in continenti adjecto: item in pactione poenae, *l. 7. D. de servis exporandis.* plus observat Paulus *l. 11. D. de religiosis*, quod tali pacto, etsi traditioni appposito, atque in bonae fidei contractu, non efficitur quod per stipulationem fieri potest. Sed haec latius sum exsecutus in fine praecedentis capitis: nec pluribus opus est. desinamus igitur mirari, in mutuo, id est, in stricti juris contractu, & gratuito, evenire in *d. l. 11. §. 1*: ut decem creditis, sub pacto, ut undecim reddantur, tantum decem deberi; pactumque id nullius momenti haberi; ac ne ad contractum quidem innominatum proficere. Donationem sane esse, vetat donationis forma: (quae ante Justinianum fuit traditio aut stipulatio) minusque cam res patitur, ita optime Augustinus, *Concion. 3. in part. 3. Psalm. 36, tom. 8. pag. 123.* *Si foeneraveris homini, id est, mutuam pecuniam tuam dederis a quo aliquid plus, quam dedisti, expectes accipere; non pecuniam solam, sed aliquid plus dedisti, siue illud triticum sit, siue vinum, siue oleum, siue quidlibet aliud, si plus quam dedisti expectas accipere foenerator es.*

* *

CAPUT XIII.

De legitimis conventionibus ex definitione Pauli l. 6. D. de pactis.

Explicui pacta conventa contractibus bonae fidei & stricti juris adjecta: id est, priorem casum in quo ex pacto nascitur vel tollitur actio. Transeo ad pacta legitima: quibus alterum contineri, supra dixi, de his ita libro tertio Ad Edictum Paulus *l. 6. D. de pactis.* *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur: & ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens Lege, vel Senatusconsulto adjuvatur.* Paulus legitimam conventionem definit a confirmatione

Legis: cum Ulpianus *l. 5. D. eod. tit.* illam aestimet, a forma Juris Civilis, recte ad suum quisque finem, sed male Juris Architecti eam Pauli definitionem in *d. l. 6.* subjecere pro explanatione divisionis Ulpiani in *d. l. 5.* ad quam non pertinet: ut supra observavi c. viii.

Sed Paulum videamus. Ait, actionem ex pacto nasci & tolli, quotiens lege aliqua adjuvatur. Accidere id in pacto, Ne furri agatur, idem ait Paulus *l. 17. §. 1. D. eod. tit.*

quæ lex est ex ejus libro 3. Ad Edictum, sicut d. l. 6; & cum ea bene conjungitur. nam & Ulpianus l. 7. §. 14. D. eod. tit. De furto, inquit, pacisci Lex permittit: Legis verbo significans legem Duodecim Tabularum: quam per excellentiam sic appellari constat, & idem refert Ulpianus in *Fragm. tit. xi.* Ad hanc etiam respicere opinor Imperatores l. 13. C. de furtis: cum, Leges, inquiunt, post decisionem furti agi prohibuisse. Similiter ait Paulus d. l. 17. §. 1. & l. 27. §. 3. D. de pactis, si pactum fiat de injuria, actionem tolli ipso jure. & hoc convenienter verbis Legis Duodecim Tabularum his, apud Festum in verbo, *Talionis*, & A. Gellium, lib. 20. Noct. Attic. c. 1. *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Lex actionem injuriarum dat sub conditione, Ni pacit. quod si pacit, eam non dat. hoc vero quid est, nisi quod Paulus ait, actionem injuriarum illo pacto tolli ipso jure?

Ex eodem Pauli lib. 3. Ad Edictum huc retraham hæc verba l. 7. D. de nautico fœnore; *In quibusdam contractibus etiam usura debentur, quemadmodum per stipulationem. nam si dederò decem trajectitia, ut salva nave sortem cum usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.* Desunt Paulo verba, ex pacto. Scribo, *In quibusdam contractibus etiam ex pacto usura debentur, quemadmodum per stipulationem.* Sensus Pauli: Usuræ in quibusdam contractibus etiam ex pacto debentur: sicut alioquin debentur per stipulationem. id evincit subjecta hæc Pauli species: Dedi decem trajectitia: ut, id est, ea lege, ut sortem cum usuris, salva nave, recipiam. Promissæ hac in specie sunt usuræ nudo pacto: nulla interposita stipulatione. ait vero Paulus, posse me sortem cum usuris petere. qua ratione? non addit Paulus. sed, puto, hæc fuit: quod id pactum aliqua est firmatum lege, cujus memoriam, ut multa alia, delevit temporis injuria. is Pauli sensus, & convenit huic Scævola l. 5. §. 1. D. eod. tit. *In hisce omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.*

Proxima superiori loco est l. 30. D. de usuris ex Pauli libro singulari Regularum. indicat vero ea Inscriptionis observatio, Paulum præmisisse regulam, Usuras pecuniæ creditæ Jure Civili non pacto, sed stipulatione deberi: & deinde subjecisse exceptiones quas ab ea fecerit Princeps aut Senatus. cum enim hic quoque deficiat vetustatis memoria; nihil pro certo dici potest. inter cæteras tamen exceptiones, hæc est: quod ex nudo pacto civitatibus debentur usuræ creditarum ab eis pecuniarum.

Præterea ait Imp. Alexander, sub quo floruit Paulus, l. 12. C. eod. tit. Frumenti vel hordei mutuo dati accessionem etiam ex nudo pacto præstandam esse.

Age vero qui præteream pactum de donando. nam hoc quoque fuit Jure Pandectarum confirmatum, non inter omnes, sed inter conjunctas personas: ejus exempli meminit Paulus lib. 4. Sentent. tit. 1. §. 15. verbis sequentibus. *Filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur. Sufficit enim inter conjunctas personas quibuscumque verbis, ut in donatione, voluntas expressa.* Fateor non attingit Paulus Constitutionem qua donatio inter conjunctas personas facta, pacto nudo adjuvetur: fuisse tamen aliquam D. Pii Con-

stitutionem, auctor est Constantinus l. 4. Cod. Theod. de donationibus. Verba Constantini. *Juxta Divi Pii, consultissimi Principis, instituta, valere donationes placet inter liberos & parentes, in quocunque solo, & cujuslibet rei, liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsequuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, qua non dubium consilium teneat, nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla questio voluntatis possit irrepere; & conlata inter cæteras, exceptas Cincia legi, personas obtinere propriam firmitatem, siue mancipationis decursa fuerit sollemnitas, vel certe res tradita doceatur.* Sic Constantinus. sed jus vetus mutavit Imp. Justinianus l. 35. §. 5. C. de donationibus: volens, donationem deinceps inter omnes personas sine discrimine valere ex nudo pacto, etsi nulla intervenerit aut traditio aut stipulatio.

Donationi subjiciam nudam dotis pollicitationem: quam confirmarunt Impp. Theodosius & Valentinianus: cum dos ante non ea, sed traditione, dictione, aut stipulatione constitueretur. extat Constitutio l. 3. Cod. Theod. de dotibus, in hæc verba. *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsequuta.* At Tribonianus eam in l. 6. C. de dotis promissione ad hunc transformavit modum. *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, (siue scripta fuerint,) siue non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsequuta.*

Non erravero, si apud Paulum d. l. 6. Legis appellatione etiam intelligam Edictum Prætoris. nam hoc Lex vocatur l. 1. §. 2. D. Unde cognati. habeo autem ex Edicto exemplum duplex: unum in hypotheca; alterum in constituta pecunia. de hac testatur Imp. Justinianus §. 6. & 9. Inst. de actionibus; de illa Paulus l. 17. §. 2. D. de pactis: quæ est ex ejus libro tertio Ad Edictum, & ad intellectum d. l. 6. recte adhibetur. ait autem Paulus: *De pignore jure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, Ne petam.* Ita est: ex pacto nascitur actio de hypotheca: quia id pactum Prætoris Edicto, velut Lege, confirmatur: volente utilitate. nam hypotheca nudo pacto facta, ante hoc Edictum nullius momenti erat Jure Civili. ex pignore autem tradito etsi pigneratitia nasceretur actio in personam inter debitorem & creditorem; tamen in rem actio creditori, amissa possessione, nulla compete-
bat adversus tertium possessorem: quia creditor poterat quidem dicere, debitorem sibi teneri ex contractu pigneratitio: at non poterat dicere, suam esse rem, quæ erat pignori tradita: nisi ei cessa esset in jure, vel mancipata, contracta fiducia. multo minus poterat id creditor dicere: re non tradita, ut ut nuda conventionem obligata. porro erat hominibus incommodum, in quibuscumque rebus, majoribus & minoribus, in urbe & ruri, in Italia & in provinciis, adhiberi solemnitates, in fiducia desiderari solitas. mitto cæteras: non semper, nec ubique erat copia civium Romanorum, ut mancipatio fieret; aut Prætoris, ut in jure cessio perficeretur. adde, quod mancipatio tantum in rebus mancipi, & inter cives Romanos obtinebat; non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos. igitur bonum factum Prætoris: qui motus utilitate contrahentium, approbavit hypothecas nuda

nuda conventione obligatas, primum in vectis & inductis atque illatis in prædium rusticum: mox etiam in reliquis §. 7. *Inst. de actionibus*, l. 4. *D. de pignoribus & hypothecis*. inde sicut fiducia contracta vel cessione, vel mancipatione, poterat eam creditor, tamquam dominus, Jure Civili vindicare a quocumque possessore: ita si res esset obligata nudo pacto, videbatur creditor auctoritate Edicti, quamquam non rei dominium, tamen jus in re accepisse l. 19. *D. de damno infecto*: eoque facultatem rem sibi obligatam actione Serviana vel quasi Serviana a quocumque possessore petendi: & quia nullo prorsus discrimine, utrum ei tradita esset possessio, an non esset: quantum ad formulam hypothecariam attinet, nullam inter pignus & hypothecam esse differentiam, præterquam in sono nominis, recte observavit Marcianus l. 5. §. 1. *D. de pignoribus*: quæ est ex ejus libro singulari *Ad formulam hypothecariam*. cæterum ait Imp. Justinianus d. §. 7, in aliis, id est, in actione pigneratitia, quæ est in personam, inter hæc esse differentiam. Dixi, quid velit Paulus d. l. 17. §. 2. *D. de pactis*, *De pignore*, inquit, *jure honorario nascitur pacto actio*.

Exspectas, quale sit, quod subjicit, *Tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, Ne petam*. Est vero in hac parte insignis difficultas. nam si hypotheca nudo pacto constituitur ex Edicto Prætoris: quid ni tollitur pacto nudo? cum præterim ante Edicti confirmationem non minus Prætorio, quam Civili Jure negligetur: post autem ut Prætorio Jure valeret; non idcirco accepit formam Juris Civilis. proinde si fiat pactum, Ut hypotheca sit: a Prætoris sustinetur vinculo æquitatis. rursus si fiat pactum, Ne hypotheca sit: quod fuit vinculum æquitatis, contrario pacto, hoc est, contraria æquitate a Prætoris dissolvitur. ita perit ipso jure quo colligatur. Hoc credes fide mea: si minus; spondebit pro me Marcianus l. 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*. Ait is, *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur*. Significat vero, Hypothecam ipso jure finiri pacto, Ne res hypothecæ sit, id enim volunt verba, *Et si ab ea discedatur*. Marciano addam Imp. Diocletianum & Maximianum l. 23. *C. de pignoribus* cuidam Macedoniano ita rescribentes. *Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum, vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest*. Imperatorum sensum confudit interpunctio post verba, *cum hoc solum pactum*, profecta illa a sequiore intellectu particulæ, vel, ibidem sequentis. deleo & lego. *Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest*. Sensus Imperatorum est: Major viginti quinque annis non potest actione hypothecaria persequi pignus quod ei conventionem fuit obligatum: postquam id contraria conventionem remisit: propterea quod vel jurisdictio (ita hic, ut passim appellatur Prætoris Edictum) hoc solum pactum, secundum ipsius majoris voluntatem, tuetur. Sic Imperatores: id autem quid efficit? nisi, ut putemus, Prætoris in Edicto eam hypothecæ dedisse formam: ut pacto solo, sive nudo, & nascatur & pereat. ita profecto est: Imperatores volunt, hypothecam nudo pacto tam tolli, quam constitui. & hanc adferunt rationem optimam: quoniam vel jurisdictio hoc solum pactum tueatur id est, quia tam Prætoris Edictum, quam naturalis æquitas adjuvat hoc solum, sive hoc nu-

dum pactum: locutione non dissimili huic Valeriani & Gallieni l. 3. *C. de testibus*, *Etiam jure civili domestici testimonii fides improbat*. Est manifestum, quod dico, sed erit adhuc manifestius: intelligentibus, vocolam, vel, in d. l. 23. tumi pro, etiam, aut simili, & præcipuum quiddam significare: ut in l. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, l. 43. *D. Farsilia eriscunda*, & alibi sæpe; in primis in illo Terentii, *Andria* 3. 2. vers. 9, *Vel hoc quis non credat, qui norit te abs te esse ortum*. Ubi sic notat Donatus: *Vel modo non est disjunctiva conjunctio, sed pro etiam posita: ut apud Virgilium. Vel Priamo misera manus*. Et, *Carmina vel cælo possunt deducere lunam*. Sed liquet, hypothecam ipso jure tolli; si sit pactum, Ne hypotheca petatur.

Nisi reclamant Marcianus l. 8. §. 2. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*. Verba Marciani. *Si procurator debitoris in rem suam sit, non potest dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam exiit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem. in tantum, ut putem recte dici, & dominus luit hoc casu nocere hanc exceptionem*. Marcianus meminit exceptionis: cum tractet pactum, Ne pignori hypothecæ sit res; ut ex comparatione §. 1. d. l. 8. intelligitur. At cum in antecessum demonstraverim, Marcianum l. 5. *D. eod. tit.* sine circuitu dicere, Hypothecam solvi, si ab ea discedatur: non mihi permitto; ne putem, exceptionem illi in d. §. 2. l. 8. non significare quamdam exclusionem actionis summo jure competentis, ut accipitur l. 2. *D. de exceptionibus*: sed pactum. quomodo excipere pro pacisci, & exceptio pro pactum sumitur l. 32. *D. de usufructu*. l. 24. *D. de actionibus empti*. §. 1. 7. §. 6. *D. de pactis*. Sic in pacto, Ne hypotheca petatur.

Quid, si sit, Ne debitum petatur? eodem pergit Edicti æquitas. Nec defuere tamen, opinor, quibus sederet, hypothecam hoc casu liberate per exceptionem. vix quoque dubito; quin hæc sententia, ut tutior, magis obtinuerit; sapientibus in jure potius tuta, quam vera sectantibus. Desiderant certe hanc expositionem complura Veterum loca ad hoc aut simile pactum pertinentia: quæ, ut res meretur, explicabo omnia invicem se adjutura. initium faciam a d. l. 5: in qua sic ait Marcianus: *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat. nisi (si) quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. & quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem (&) in hoc casu possunt dici, ut & ab hypotheca discedatur*. Primum ait Marcianus: *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat*. Sensus manifestus, Hypothecam ipso jure solvi; debitore paciscente, Ne hypotheca sit: idemque esse, si creditor paciscatur, Ne pecuniam, id est, ne debitum petat. Deinde ait Marcianus, *Nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur*. Marcianus hic movet difficultatem adversus id quod dixit. consistit vero difficultas circa posterius pactum, Ne pecunia petatur: certo jure prioris, quod est, Ne res hypothecæ sit. ita est sensus Marciani, Hypothecam etiam solvi, creditore paciscente, Ne pecuniam petat. sed hoc recipere difficultatem: nam sic non agi, Ne hypotheca petatur; sed Ne debitum petatur, is Marciani sensus. Nisi mavult, Etiam solvi hypothecam

cam pacto creditoris, Ne pecunia petatur: præterquam si sit pactum in personam: id est, Ne pecunia petatur a persona Lucii Titii, verbi gratia. At huc flectenti statim in mora fuerit sequens versus, *Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit?* quid enim intendit, quid agit? utique resistit illi interpretationi exceptio pacti conventi perpetua, quam in sequentibus nominat Marcianus. nam ea non minus hypotheca, quam principale debitum liberatur. quod nemo dicet fieri personali pacto. non inficior, hoc differri actionem hypothecariam: sicut eo differtur principalis, quin, cum principalis differtur actio, plerumque agitur: ut creditori interim hypotheca cautum sit. igitur timeo, Marciani verba exaudire de personali pacto. magis ea exponam de personali actione: qua principale debitum tantum petitur a persona debitoris: cum actio hypothecaria sequatur omnem hypothecæ possessorem. Indicavi difficultatem quam ipse sibi movet Marcianus. Nunc ejus solutionem accipe. ait: *Et quid, si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit?* In his verbis est interrogatio, habens vim arguendi & fortiozem, quam rectus simplexque sermo. sensus: Demus, pacto, Ne pecunia petatur, non directo agi, Ne hypotheca sit: tamen ubi convenitur de tollendo debito, etiam consentitur de tollenda hypotheca: nulla pignoris accessione, sublato principali debito. solvitur igitur hypotheca pacto, Ne pecunia petatur. Hic sensus verborum Marciani, *Et quid si hoc actum sit?* Nam sequentia, *Cum forte alius hypothecam possidebit*, vacant. sicine? ne dubita. sublata enim atque extincta hypotheca pacto convento debitoris & creditoris: quæso, quo jure, aut quo colore superest actio hypothecaria? nullo plane. Ulpianus certe l. 17. D. de pignoribus, Pignoris, inquit, persecutio in rem parit actionem creditori. Pignoris autem persecutione non factum designat, sed jus persequendi pignoris: pari forma qua culturam & curam pro jure culturæ & curæ, item alluvionem pro jure alluvionis, & iter actumque pro jure itineris actusque dici, ostendi lib. 2. Probabilium c. 7. Sensus Ulpiani est: Ubi est creditori jus persequendi pignoris; parata est ei in rem actio, ubi non est ei hoc jus; nec est ei in rem actio, siue debitor siue alius hypothecam possideat. atque hoc si est; ut est verissimum: dubito, an supervacua sint hæc verba: *Cum forte alius hypothecam possidebit*. possunt enim abesse, integra Marciani disputatione: eoque deliberavi lib. 2. Probabilium c. 8, & lib. 4. c. 10, an expungenda sint quasi Interpretis, præter cætera quæ ibi notavi, non animadvertentis, actionem hypothecariam ab uno pendere jure hypothecæ; & possessionem in rem agentis actione hypothecaria tantum ostendere adversarium. quomodo rei vindicatio a solo proficiscitur dominio; cum in rem actioni possessio pariat adversarium, quomodo in l. unic. C. de alienatione judicii mutandi causa facta restitui oportere, admodum verisimile est: vulgari scriptura, *Cum in rem actionem possessio pariat adversario*, forte profecta ab errore Interpretis aut Librarii superioris non dissimili. sed pro emendatione stant libri quidam manuscripti ab Accursio allegati; & in primis Græci, lib. 10. Basilic. tit. ult. tom. 1. pag. 718: d. l. unicam ita vertentes, Fabroto interprete, *In rem actio adversarium nostrum agnoscit eum qui possidet*. Sequitur apud Marcianum d. l. 5. Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pa-

riat, eadem & in hoc casu possunt dici, ut & ab hypotheca discedatur. Scribo: Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem, & in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur. Post verbum, eadem, quod accipio in ablativo casu, posui virgulam. tum scripsi, potest, pro possunt: nulla mutatione, si cogitamus Sigla: in quibus P² utrumque significat in Notis Veterum. puto autem, potest fuisse a Marciano scriptum: & esse sentum, Sed cum principalis obligatio tollatur per exceptionem perpetuam, etiam dici, id est, defendi posse, quasi eadem exceptione & ab hypotheca, id est, ab accessione discedatur. Dixi, quod mihi visum est probabile circa Marciani verba. Si tamen cui religio sit, ex his ejicere, cum forte alius hypothecam possidebit: tentabo, & earetere verba. Primum igitur puta, versum, *Nisi quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur*, posse perinde exaudiri, ac si subjecta ei sit clausula, Nam hypotheca tum non solvitur pacto, Ne pecunia petatur: quia est tantum pactum; ne a persona, id est, ne a Lucio Titio petatur. hunc sensum postulat sermonis brevis. Deinde vereor; ne sequens versus, *Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit*, non cohaereat cum proximo versu, *Nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur*: sed debeat jungi anteriori versui, *Aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat*; elque novam apponat inspectionem. Non est, fateor, laudabilis scribendi forma, quæ doceas, nullo ordine collocare. sed non infrequens Veteribus fuit ea confusio. fuerunt illi homines, quales nos sumus, sæpe accurari, aliquando minus. ac supra lib. 2. Observ. c. 26. simile quid annoravi apud Callistratum l. 27. §. 1. D. de pænis. Habebam hæc sic ab aliquo tempore parata editioni hujus Operis: cum deinde intellexi ex familiari epistola Gulielmi Bestii, Docti Jurisconsulti, ad me data, etiam ipsi incidisse pridem suspicionem huic meæ non dissimilem, deprehensa in d. l. 5, & quibusdam aliis Pandectarum locis Synchisi, post alia interjecta, ponente quod oporteat ad priora referri. id sicut lubenter vidi, ita credidi, convenire societati studiorum, ejus non minus honestam, quam amicam, facere mentionem. Sed videamus Marciani sensum. mihi talis succurrit. Ait Marcianus, *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur*. exemplum: si fiat pactum, Ne res pignori sit. id exemplum nullam habet difficultatem: clara voluntate debitoris hypothecam remittentis. Deinde ait Marcianus, *Aut paciscatur creditor, Ne pecuniam petat*. Marciani sensus est, etiam tali pacto hypothecam ipso jure solvi: eo quod sic paciscens, etsi directo non consentiat, Ne hypotheca sit, tamen per consequentiam pactionis de principali debito, sic pacisci intelligitur: cum finito hac pactione debito, difficile sit, ut non etiam hypotheca tacito consensu extincta sit. Nec tamen hoc semper Marciano placet. contra ait, interesse; utrum tale pactum, Ne pecunia petatur, sit in personam, an in rem. nam si in personam pactum sit; id est, ut tantum a persona debitoris Lucii Titii non petatur pecunia; tum non solvi hypothecam putat: eo quod est tantum temporale pactum; & salvo post id pactum debito, non est causa tollendæ hypothecæ, id est, accessionis de qua non est conventum. quod si in rem pactum sit, quod pactum est perpetuum; ut si conventum sit, Ne omnino petatur pecunia: censet Marcianus, etiam

etiam solvi hypothecam. & tamen (modo si, ut dixi, sint hæc Marciani verba, cum forte alius hypothecam possidebit: quod pro certo non adfirmo, propter rationem supra allatam) observat Marcianus, vel tum posse oriri dubitationem, quid enim, si debitor paciscatur, Ne omnino petatur pecunia, & alius possideat hypothecam? cæterum cogitat, si actum sit, Ne omnino petatur pecunia debita, non esse causam hypothecæ, nullo principali debito: ideoque, in rem convento inter debitorem & creditorem, Ne pecunia petatur, etiam pactum esse, Ne hypotheca petatur: nec occurrere, cur non hic quoque hypotheca, ut ut ab alio possideatur, ipso jure tollatur; eoque hypothecaria actio vel sine exceptione evanescat. Sic Marcianus: secutus veritatem Edicti. Sed ea non placuit omnibus. imo fuere quibus federet aliter: hac ratione, quod principalis obligatio pacto, Ne pecunia petatur, non ipso jure, sed pacti exceptione perpetua, tollitur. in ea igitur varietate dubito: antandem concedat Marcianus, etiam dici, id est, defendi posse, quasi & hypotheca eadem exceptione tollatur. ita est: usi sunt utraque via Veteres: ac visa hæc quæ hypothecam tollebat per exceptionem, in dubio tutior; eoque receptior fuit.

Hoc sane modo nisi accipiatur Paulus, inextricabilis est ejus sententia in his verbis *l. 17. §. 2. D. de pactis. Depignore jure honorario nascitur pactio actio: tollitur autem per exceptionem, quoties patiscor, ne petam.* Sunt quidem ambigua Pauli verba: sed restringenda ad pactum, Ne debitum petatur: non porrigenda ad pactum, Ne pignus petatur: quod, ut ante dixi, semper habuit definitionem indubitatam: cum illud non æque constantem reciperet. igitur satis habet Paulus, de incerta facere admonitionem; cum de certa eam facere, nihil attineret.

Fuerint hæc ed adhuc probabiliora: quod hypotheca consensu creditoris vendita a debitore, similia servari, testes sunt Severus & Antoninus *l. 2. C. de remissione pignoris*, his verbis. *Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam, sciente & consentiente ea qua sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. nam obligatio pignoris consensu & contrahitur & dissolvitur.* Titius fundum a se Mævia obligatum, Materno vendidit & tradidit, Mævia consentiente. Mævia hunc fundum petit actione quasi Serviana. Maternus rogat Imperatores: an sibi jus sit, eam repellere exceptione remissi pignoris. Pro Mævia facit: quod non consensit in remissionem hypothecæ: tantum consensit in ejus venditionem. Contra dici potest: quod ubi permisit, fundum sibi obligatum, Materno vendi & tradi, licet in hypothecæ remissionem palam non consensit, tamen tacite consensisse intelligitur: ideoque eum sibi a Materno applicari, in verecunde deliderat *l. 8. §. 6. l. 10. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Hæc summa consultationis Materni. ad quam sic rescribunt Imperatores: Si probaveris, Materni, te mercatum esse fundum, sciente & consentiente Mævia cui obligatus est: procul dubio intervenit pactum conventum de tollenda hypotheca: non palam, sed tacite & per consequentiam. Igitur si velis uti exceptione qua de quaeris; licet, (recepta quippe est, ut liquet ex *l. 8. §. 9. l. 3. & 17. D. eod. tit.*) cæterum constat, hypothecam consensu tam dissolvi, quam constitui. Sic censeo, & voculam, *Nam*, in *d. l. 2.* habere incipiendi vim, & pro cate-

rum usurpari; ut in *l. 2. §. 1. D. Vi bonorum raptorum, l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus, l. 6. D. de rei vindicatione*, & sæpe alibi.

Possent hic finire disputationem satis prolixam, sed cur deferam Gajum in *l. 7. §. 2. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur?* cui etiam nocuit mala manus; & profutura erit vicinia superioris interpretationis. voluit enim Gajus differere de vendita hypotheca ex consensu creditoris, cum cogatur invitatus loqui de pacto, Ne pignus petatur, id ut intelligatur, erit integer adscribendus locus. verba Gaji *d. l. 7. pr. §. 1. & 2. Si consensit venditori creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore (auctore) consenserit, aut etiam ipse tutor: scilicet si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit. §. 1. Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor, cui & solvi potest, & in id positus est: anteneat consensus eorum? & dicendum est non posse: nisi specialiter hoc eis mandatum est. §. 2. Sed si cum debitoris procuratore convenit, ne sit res obligata, dicendum est id debitori per doli exceptionem prodesse. cum autem cum servo ejus convenerit, per ipsam pacti (conventi) exceptionem debet.* Sic habent omnes codices. sed fugit me ratio, aut ita scripsit Gajus *d. §. 2. Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. & reliqua.* Hanc Gaji scripturam ut ut optimam, Vetus Interpres, adjectis his, *Ne sit res obligata*, conspurcavit: non perspicuus, quemadmodum debitori ex pacto procuratoris aut servi de alienando pignore, eo vendito, daretur exceptio pacti conventi aut doli mali: cum certum esset, actionem hypothecariam, quæ in rem est, magis hypothecæ possessorem, quam debitoris personam sequi. perinde igitur ac si lacuna esset eo in loco; aut aliud egisset Gajus, quam vellent ejus verba; vel pro interpretatione verbi *convenit*; vel pro varia lectione, ad marginem adjecit, *Ne sit res obligata*. mox alius æque intelligens scilicet, ea verba e margine transtulit in contextum. Sed si advertamus animum ad connexionem loci totius, & singulorum membrorum ejus; non fuit Gajo propositum, exponere formulam pacti, *Ne sit res obligata*: sed quid Juris sit, alienatione pignoris facta creditoris consensu. In qua specie, propter quorundam dubitationem, tutior fuit pacti exceptio: cum ea in pacto, *Ne res obligata sit*, supervacua haberetur: ut supra ostendi. Sed age ipsum consideremus Gaji locum. primum dixit, Per exceptionem liberari pignus alienatum creditoris consensu. dehinc quaesivit, si is creditor sit pupillus; an consensus ejus, vel solius, vel cum tutorum auctoritate conjunctus, sufficiat. tum subjecit de creditoris procuratore, & actore servo. postremo transitum fecit ad procuratorem debitoris; quaerens, an ejus pactum debitori proficiat; si creditor cum eo procuratore convenit; non quidem, *Ne res obligata sit*: (etsi id præferant omnes codices. quid enim hoc ad propositam quaestionem?) sed, *Ut debitori sit jus vendendi pignoris.* unum enim hoc agitur in *pr. §. 1. & §. 2. d. l. 7*: nec aliud tractatur in *sequente §. 3.* Igitur scripsit Gajus in *d. §. 2*: *Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. cum autem cum servo ejus convenerit, per ipsam pacti (conventi) exceptionem debet.* Hoc vero voluit; Si neque cum pupilli tutore, nec cum creditoris procuratore, sed cum debitoris procuratore, aut cum ejus servo actore, convenit de vendendo

do pignore: profuturam debitori illic doli, hic pacti exceptionem. quod verissimum est *l. 10. §. 2. D. de pactis*. At eo recipit difficultatem: quod actio hypothecaria non adversus debitorem datur, sed adversus pignoris possessorem *l. 16. §. 3. D. de pignoribus*; & ideo si quæ sit exceptio illo ex pacto, non videtur debitori danda, sed pignoris possessori. Atque hoc, opinor, est, quod Veterem fefellit Interpretem. potest enim debitor, si vendidit hypothecam, nec adhuc tradidit, ipse actione hypothecaria conveniri, & se pacti aut doli excep-

ptione tueri. imo, si creditor ei permisit venditionem intra annum aut biennium: (ut in *l. 8. §. 11. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*) forsitan ei nocebit exceptio, vel nondum facta venditione, intra id spatium. nam ubi creditor debitori concessit jus vendendi pignoris intra certum spatium; non tantum jus vendendi, sed & retinendi pignoris, ei concessisse intelligitur. Sed profecto sensus Gaji in *d. l. 7. pr. §. 1. 2. 3.* nimis manifestus est.

CAPUT XIV.

Donationes, sive pacta conventa in specie, tantum servari per exceptionem pacti conventi. transactiones etiam aliter.

ENarratis hætenus conventionibus, cum legitimis, tum juris gentium, tam non nudis, quam nudis, hisque de petendo & de non petendo: tandem apparet, Prætores pollicentem, servare pacta conventa, tantum indigitare nuda de non petendo, atque ipsa non actione, sed exceptione servare: præsertim facta donationis causa. nam his actio gratis remittitur sine conditione & lege; ac si agatur adversus fidem pacti; sufficit exceptio; nec nova actione opus est. at transactiones non sunt gratis, sed certa lege & conditione: id est, tantum aliquo dato, retento, aut promisso. his igitur cum non sufficiat exceptio, non impleta lege transactionis: restat, qua forma eas servari oporteat.

Fit autem transactio pacto nudo, vel non nudo. primum nudo: ejusque vis omnis exceptione finitur. ut tamen actori agenti pristina actione, cum reus non servat fidem, & nihilominus pacti exceptione utitur, succurratur replicatione doli mali vel in factum. exemplo, quale sit illud, intelliges ex his verbis *l. 28. C. de transactionibus*. *Sive apud acta Rectoris provincia, siue sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est: hanc servari convenit. Sed quoniam, ut certum quid accipias, convenisse te, licet sine scriptura proponis, nec hujus rei causa stipulationem secutam esse: quamvis ex pacto non potuit nasci actio, tamen rerum vindicatione pendente, si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali, vel in factum replicatione usa, poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere.* Casus talis est. Egit adversus te rei vindicatione Sapparita: convenit inter te & ipsam: ut certum quid acciperet, & a lite desisteret. Sapparita omisit litem motam. tu cessas dare quod promissisti. quemadmodum coget te implere transactionem: nulla intervenit stipulatio. præterea nihil datum aut factum fuit. est igitur pactum nudum: ex quo non datur actio. aliquis dicat, eam destitisse a lite, & ob id fecisse. sed non est ita. tantum omisit Sapparita litem, non finivit; atque ut in præsentia non agat; poterit tamen ex suo commodo iterum experiri. atqui convenit, ne agat. esto; sed tale pactum ei non abstulit rei vindicationem: quia non fecit, ne sit domina rei cuius fuit domina, superest igitur ei rei vindicatio quam habuit, etsi hoc tempore non agat. & tamen si ea uti velit: conventus poteris te tueri exceptione pacti; modo ei tradas quod te daturum, ne agat, promissisti. alioquin ei jus est, exceptionem tuam infringere replicatione. facis enim dolo malo:

volens transactionem tibi servari, sed non ei, utetur igitur Sapparita replicatione de dolo, vel in factum: prout suadet personarum differentia. nam liberis aut liberris adversus parentes aut patronos non datur exceptio doli, sed in factum *l. 4. §. 16. D. de doli mali exceptione*.

Idem vel similis tenor *l. 21. C. de pactis*, verba ejus. *Cum proponas, inter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones aquis ex partibus dividi, & transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem: exceptione te tueri potes, si possides, quod si adversarius tuus teneat; ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea qua placita sunt, adimplere paratus sit.* Proponitur nata fuisse inter Eusebium ad quem rescriptum est, & ejus fratrem lis de successione defunctorum fratrum. deinde facta transactione, placuisse, fratrum successiones aquis ex partibus dividi. fallit fidem frater, rogat Eusebii Imperatores, quomodo servanda sit transactio. rescribunt Imperatores: si possideas, Eusebi, partem hereditatis de qua convenit, & hanc ab te petat frater: poteris te tueri exceptione pacti. quod si nihil possideas ex hereditate, fratre totam possidente: poteris agere actione ex stipulatu; si interposita stipulatio est. quod si nulla intervenit; est nudum pactum: ex quo non datur nova actio. si tamen velis vetere uti actione: licebit. & si tibi agenti frater opponet pacti exceptionem: poteris eam infirmare replicatione doli mali: nisi paratus sit frater, ea qua placita sunt, adimplere. quod non sit æquum, ab alio fidem exigere cum qui ipse alii non præstat fidem.

Sed transactio non tantum fit pacto nudo, sed etiam non nudo: ut si ei sublit datio aut factum. finge, pecuniam datam, ut a lite desistatur; aut esse a lite destitutum, ut pecunia detur. utroque in casu subest conventioni causa. igitur fit contractus innominatus ex quo nascitur actio præscriptis verbis. id ostendit *l. 33. C. de transactionibus*. verba. *Si pro fundo quem petebas, prædium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc prædium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatum; instaurari decisam litem prohibent jura. Ex stipulatione sane, si placita servari, secuta est: vel, si non intercesserit, præscriptis verbis actione civili subdita, apud Rectorem provincia agere potes. si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum questionem lis intercessit decisio, si quis vel alius*

alius a te vindicavit : nihil petere potes. Thema est. Tu a me petisti fundum, quod diceret, tuum esse. deinde a lite recessisti ea lege : ut ego retento fundo eo, tibi darem fundum alium certis finibus liberum. dedi tibi fundum : non tamen liberum, sed alteri obligatum, vel pro parte alienum. is fundus evictus est. quaeritur, an possit a te instaurari lis decisa, id est, transacta? quaerendi causa est : quod non feci quod me facere oportuit lege transactionis? ajunt Imperatores, jura prohibere, a te instaurari decisam litem. puto, quod ubi fundum a me accepisti. ea lege, ut eum quem a me petisti, retinerem : non jam potes te hujus dominum dicere. quia enim passus es, tuum quasi meum apud me manere ex causa transactionis : apparet, te desisse ejus dominum esse : me autem esse dominum factum, velut traditione brevis manus. desisti igitur habere fundi vindicationem, ex quo desisti fundi dominus esse : ita (ut ajunt Imperatores) instaurari decisam litem, jura prohibent. Exposita est una legis quaestio. succedit altera : quae tibi adversus me danda sit actio? & ajunt Imperatores, esse actionem ex stipulatu : si placita servari, stipulatio sequuta est. quid, si nulla intercesserit? ajunt, posse te agere civili praescriptis verbis actione. recte : non enim est nuda pactio : ne quis dicat, ex pacto non nasci actionem : sed est civile negotium : licet enim mihi palam non dedisti fundum ; tamen passus es, eum apud me manere ex causa transactionis : igitur videris eum dedisse, atque ea lege : ut tibi darem alium fundum certis finibus liberum. proinde si dedi tibi fundum, sed alteri obligatum, vel ex parte alienum : eo evicto, competit tibi adversus me actio praescriptis verbis, quasi ex incerto atque innominato contractu. Sic in prior parte d. l. 33. Non aequae in posteriore. nam ibi proponitur idem fundus quo de lis fuit, a reo per transactionem actori esse restitutus ; eique postea esse vel a fisco vel ab alio domino evictus. quaeritur, an actori aequae hic atque in prior casu propter evictionem detur regressus adversus reum cum quo transigit? sed negant Imperatores. nempe, quia prior casu reus actori pro ejus fundo promisit alium dare fundum liberum : ac si ei dedit quidem fundum, sed non liberum, & hic propterea evictus est a fisco vel alio domino : recte tenetur de evictione reus : quia fecit contra transactionem. posteriore casu reus in transactione non promisit actori dare fundum liberum : sed promisit ei restituere fundum de quo controversia est. cum igitur si restituit, satisfacit placito transactionis, neque de evictione tenetur. quia restitutionis nomine tantum comprehenditur : ut fundus eo restituatur jure quo apud adversarium fuit, vel futurus esset, si ab eo possessus non fuisset l. 75. D. de verborum significatione.

Superiori loco subjiciam interpretationem l. 6. C. de transactionibus : est enim ejusdem coloris. verba haec sunt. *Cum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte transigisse, ita, ut partem bonorum susciperet, & a lite discederet, proponatis : instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes extulistis, juris ratio non sinit : verum si fides placitis praestita non est : in id quod interest, diversam partem recte convenietis. aut enim stipulatio conventioni subdita est, & ex stipulatu actio competit : aut si omissa verborum obligatio est : Noodt Operum Tomus 1.*

utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. Thema est. Testator matrem suam exheredavit : alio scripto herede. mater mortuo filio testatore, & adita ab herede scripto hereditate, egit querela inofficiosi testamenti. qua mota, heres scriptus cum defuncti matre transigit : hac lege, ut mater, suscepta parte bonorum, a lite discederet. deinde moritur mater, relictis liberis superstitibus heredibus. heres scriptus defunctus matri, ejusve heredibus, non solvit partem bonorum ei promissam ex causa transactionis. rogat Imp. Alexandrum Pomponius heredum nomine per libellum : an per ipsum ceterosque heredes matris instaurari possit querela, ab ea omissa : & si non possit ; quae illis danda sit actio adversus heredem scriptum. quod ad prius attinet : rescribit Alexander. Juris ratio, Pomponi, non sinit, per vos qui matri heredes extulistis, querelam semel omissam instaurari. verissime : ob transactionem matris, & infectam ejus mortem : quae exstinguitur querela ante non praeparata. Atqui Ulpianus l. 27. D. de inofficioso testamento sic scribit. *Si instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactione praestatur : inofficiosa causam integram esse placuit.* Est tamen differentia inter utrumque locum. agit enim Ulpianus de ipso exheredato : at Imperator de heredibus exheredatae matris. videtur autem exheredato querela competere post transactionem : quia hac Jure Civili non exstinguitur. igitur licet exheredato, si adversarius ei non praestat fidem, ad querelam redire, etiam post transactionem. nam si ei objicietur exceptio pacti conventi : poterit hanc elidere replicatione doli mali vel in factum, sic in ipso exheredato. At in heredibus exheredatae matris aliud est : querela exstincta per mortem exheredatae matris quae eam non praeparavit, imo eam remisit, & in ea remissione perseveravit, non igitur possunt ejus heredes instaurare querelam a defuncta matre omissam : quia etsi mater eam habuerit, tamen ad heredes suos eam non transmisit. at enim mater praeparavit querelam quam movisse dicitur d. l. 6. quid ni igitur ad heredes suos eam transmiserit l. 6. §. ult. l. 7. D. eod. tit. at id tum verum est : si eam instituerit, & in ea perseveraverit. ceterum, si mutata voluntate decesserit, heredibus non datur. non enim sufficit ei, litem instituere ; si non in ea perseveret l. 15. §. 1. D. eod. tit. non potest igitur lis decisa ab heredibus matris instaurari. Altera quaestio est, quae eis danda sit actio adversus heredem scriptum? eam quaestionem sic definit Imperator. si non est fides placitis praestita : dabitur eis actio in id quod interest. ea vero actio, si stipulatio intervenit, est ex stipulatu : alioquin actio utilis quae praescriptis verbis rem demonstrat. recte : licet enim nulla intercessit stipulatio : non est tamen quod vertitur, nudum pactum ; ut quis dicere possit, ex eo non nasci actionem : sed proponitur defuncti mater a querela destitisse, id est, fecisse aliquid : ea lege, ut ei heres scriptus daret bonorum partem. est igitur civile negotium ex quo nascitur civilis actio praescriptis verbis.

Solet etiam in transactione interponi Aquiliana stipulatio l. 2. D. de transactionibus : eaque prior obligatio transferri in verborum obligationem. quam si sequatur acceptilatio, ut factum in l. 4. l. 5. D. item l. 4. C. eod. tit. jam est hic effectus, ut priorem actionem novet Aquiliana stipulatio, atque ipsa rursus acceptilatione tollatur. sic igitur libe-

liberatur reus ipso jure *d. l. 4. § d. l. 32.* actori vero datur incerta actio præscriptis verbis; destitit enim a lite; id est, fecit, ut reus contra daret. est igitur synallagma: ex quo competit actio præscriptis verbis; nisi rei dolus arguatur. quo casu possit, dubitationis tollendæ causa, de dolo actio locum habere: uti supra dixi suo loco; & potest accipi *d. l. 4.* quid, si actor sit ad transigendum inductus dolo malo; neque acceptilatione sublata sit vetus actio? poterit hac experiri actor: ac si ei objiciatur pacti exceptio, eam elidere replicatione doli mali; neque adeo necessaria erit de dolo actio *l. 16. C. eod. tit.*

Vix opus est, admoneri: quod transactioni aliquando subijcitur stipulatio simplex, id enim ex superioribus intelligitur; nec minus, quod tum stipulatori adversus promissorem competit ex stipulatu actio ad id quod interest *l. 21. C. de pactis. l. 33. C. de transactionibus.*

Potius dicam, quod transactioni etiam additur interdum pœnalis stipulatio; idque longe utilissimum esse, Paulus observat *l. 15. D. eod. tit.* nempe, quia æstimatio ejus quod interest magis in facto, quam in jure consistit *l. 24. D. de regulis juris*; eoque difficilis est plerumque probatio, quanti cujusque intersit *l. ult. D. de prætoriis stipulationibus*: cum autem pœnam stipulatur quis, non tam inspicitur, quid intersit ejus, quam quæ sit quantitas in conditione stipulationis *§. 19. Inst. de inutilibus stipulationibus.* ita subjecta pœnæ stipulatione, licebit stipulatori iterum convento adversus fidem transactionis, & pœnam petere, & exceptione pacti conventi uti: non indistincte: sed si actum sit; ut pœna exigi possit, rato manente pacto *l. 16. D. de transactionibus. § l. 17. C. eod. tit.* si id non sit actum: non idem dicendum est; sed aut pœnam habiturum, aut exceptionem *l. 10. §. 1. D. § l. 14. C. de pactis, § d. l. 17.*

Postquam dixi de pœnali stipulatione, deque Aquiliana, item de acceptilatione, in transactione adhiberi solita; opportuno se offert *l. 40. C. de transactionibus*: est enim difficilis, & digna quæ explicetur, verba hæc sunt. *Ubi pactum vel transactio scripta est: atque Aquiliana stipulationis & acceptilationis vinculis firmitas juris innexa est: aut subsequens secundum leges accommodandus est consensus; aut pœna una cum his quæ data probantur, ante cognitionem causæ (si adversarius hoc maluerit) inferenda est.* In initio hujus loci notandus est usus voculæ, *vel*, nihil distinguentis. est enim in eo sermo de transactione; non de pacto donationis causa, atque ita ea vox frequenter sumitur ab Historiæ Augustæ scriptoribus: ut ad eam aliquoties annotavit Salmasius. Sumitur quoque eo modo in *l. 41. C. eod. tit. l. 7. §. ult. D. Ad legem Juliam majestatis*, & alibi. Nec illud omittam, quod in fine hujus loci dicitur *inferenda pœna*: sicut in *l. 3. C. de re judicata* dicitur *inferri quantitas*: & in *l. ult. D. Qui potiores in pignoris* dicitur, *intulit partem debiti.* Hæc obiter. Species talis est. Titius cum Sempronio convenit pacto scripto, id est, transactione in scripturam redacta: ut Sempronius a lite quam intendit, accepta parte discedat: & si iterum agat; stipulatur Titius, data restitui, & præterea pœnam sibi dari. Sempronius porro reliquum obligationis, quod non accepit, Aquiliana stipulatione transfert in obligationem verborum; & mox Titium ab ea liberat per acceptilationem. hisce peractis, denuo agere vult Sempronius. An possit, quæritur? & certum est, non posse,

invito Titio. utique, si ante litem contestatam Sempronius Titio non inferat promissam pœnam una cum his quæ data sunt. sed quid, si paratus sit, ea inferre? adhuc idem dicendum est: Titio volente, stare transactionem, alioquin poterit Sempronius, Titio concedente, causam agere ex integro; velut si nulla intervenisset transactio, id indigitant hæc Imperatorum verba. *Aut subsequens secundum leges accommodandus est consensus, aut pœna una cum his quæ data probantur, ante causæ cognitionem (si adversarius hoc maluerit) inferenda est.* Sic editur passim, *secundum leges.* nec damno: nam secundum leges sonat, secundum Edictum. est tamen, ubi legitur, *secundum legem.* tum vero erit sensus, Sempronium debere, secundum legem transactionis, abstinere a lite: aut si velit agere; oportere eum ante causæ cognitionem, id est, ante litem contestatam, pœnam quam promissit, inferre una cum his quæ accepit transactionis causa: dum tamen adversarius hoc quoque malit, quam stare transactionem. At hoc incidit in difficultatem. quomodo enim ager Sempronius: actione per acceptilationem extincta *l. 15. C. eod. tit. l. ult. C. de acceptilatione*? Videamus tamen, cum solius intersit Titii, sublatam intelligi actionem: ne Titius, si velit, utatur suo jure: si nolit, non utatur. id facile admittitur, transactione facta sine acceptilatione *l. 14. C. de transactionibus*: quia tum extat actio; & si exceptione attingetur, servabitur replicatione doli mali. idem putemus, transactione facta per acceptilationem; si patiat Titius, ex integro agi causam; quippe cum extinctam intelligi actionem pristinam, nullius intersit, nisi Titii. possit hoc æquitas suadere: ut ut jure destituamur. nunc permittunt insuper Principes, negligi Juris formam solemnem quidem, at supervacuam, ob litigantium consensum: quod & in *l. 2. C. de pactis* observavi supra cap. 11. Et si nec intercedam: si quis existimet: in proposito ne sublatam quidem esse pristinam actionem: propter adjunctam acceptilationi pœnæ stipulationem: cui semper insit conditio, Ni fiat: ita possit ea videri, actori tacite dare jus abeundi a transactione: modo inferat pœnam una cum his quæ data sunt; nec hoc recuset reus. id si placet: non est hic per acceptilationem pure sublata actio: sed sub conditione quæ non extitit. aliquis dicat, acceptilationem esse actum legitimum, non solitum fieri sub conditione *l. 4. D. de acceptilatione.* sed id verum est, expressa conditione. cæterum tacite eam apponi acceptilationi, nihil vetat *l. 12. D. eod. tit.* nam expressa nocent, non expressa non nocent *l. 77. D. de regulis juris.*

Postremo adjicitur transactioni jusjurandum, id vero si præstiterit major annis viginti quinque libero arbitrio & voluntate, nullo cogentis imperio; isque fidem fallat interpellando Judicem, aut supplicando Principi, aut non implendo promissa: placuit Impp. Arcadio & Honorio *l. 41. C. de transactionibus* ejus temeritatem compluribus coercere pœnis. primum jussit, eum infamem esse: deinde privati sua actione: tum teneri ad pœnam pactis probabiliter insertam: postremo carere earum rerum proprietate atque emolumento quod ex pacto vel transactione fuerit consecutus: eaque omnia deputari commodo eorum qui intemerata pacti jura servaverint. id in primis; si juratum sit, invocato Dei Omnipotentis nomine. amplius, si sit juratum per salutem Principis. fuerunt enim duo illa jurisjurandi genera eo tempore usitata Chri-

Christianis: licet non jurarent per genium Principis, ut faciebant Gentiles. quod commode an-

notavit Hugo Grotius, V. CL. lib. 2, De jure belli & pacis c. 13. §. 11.

CAPUT XV.

Pratorem hoc Edicto non servare pacta injusta: qualia sunt dolo malo facta.

HUc usque ostendi, Pratorem per exceptionem servare pacta conventa, sed nuda atque ad tollendam litem comparata. Deinceps addam: quod nec ista servat; nisi sint justa l. 40. §. 1. l. 52. §. 2. D. de pactis: hoc est, (ut breviter atque Edicto convenienter ait Justinianus l. 29. C. eod. tit.) neque contra leges, neque dolo malo inita, Fuisse quoque olim in Edicto, NEC VI, ex Cicerone lib. 3. De officiis c. 24. observavit D. Cujacius; atque esse detractam vis mentionem: quia etiam dolo fit quod vi fit.

Primum recusat Prætor, servare pacta dolo malo facta l. 7. §. 7. D. eod. tit. Dolum autem malum hoc modo definit Ulpianus d. l. 7. §. 9. Dolum malum fit calliditate & fallacia: & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur, & aliud agi simulatur. Idem tamen, quod mixeris, Ulpianus l. 1. §. 2. D. de dolo malo sic scribit. Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, & aliud agitur. Labeo autem posse & sine simulatione id agi, ut quis circumveniat, posse & sine dolo malo aliud agi & aliud simulare: sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deferviunt & tuentur vel sua vel aliena. itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Sed non est periculum; ne sibi contradicat Ulpianus: etsi videtur doctissimis Interpretibus. fuit enim una atque eadem de dolo malo sententia cum Ulpiani, tum cæterorum Veterum: idque ostenderem lubens: nisi ex professo fecissem libro singulari De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi apud Veteres c. 2: quem consulant quibus tanti erit nostra diligentia.

Non igitur servat Prætor pacta dolo malo facta. pone: quod est exemplum l. 9. §. 2. D. de transactionibus: heres cum coherede transegit; cum ignoraret universa quæ in vero erant; nec tamen simpliciter, sed per fallaciam coheredis, plurima, ut videtur, ex hereditate ante amoventis aut celantis. deinde facto transactionis instrumento: apparent surrepta aut celata. an servanda est transactio? absit. atqui Prætor ait, Pacta conventa servabo, sit ita; cum est pactum conventum: sed, ut Ulpianus ait, in proposito heres non tam pactus, quam deceptus videtur. Prætor autem non servat pacta dolo malo facta. Sic: si nulla intervenit stipulatio Aquiliana, neque acceptilatio. tum enim adhuc extat actio post transactionem. & si objiciatur exceptio pacti conventi: potest ea elidi replicatione doli mali. sed quid, si sit transactio facta per stipulationem Aquilianam, eamque secuta sit

acceptilatio? jam non idem dici potest: quia facta novatione per Aquilianam stipulationem, & secuta mox acceptilatione, extincta ipso jure est actio; nec potest deinde exceptioni aut replicationi esse locus. una igitur restat actio de dolo intra concessa tempora: nisi etiam specialiter de dolo pactum conventum sit l. 4. l. 19. C. de transactionibus.

Improbat igitur Prætor pacta conventa dolo malo facta. an & fraudandi causa facta? sed nihil Prætor adjicit. verum Ulpianus l. 7. §. 10. D. de pactis ait, eleganter observasse Labeonem, hoc aut inique aut supervacuo quæri. nempe fraus est damnum vel adversarii consilio, vel rei eventu illatum. priore casu supervacua est quæstio, an Prætor servet pactum: quia est dolo malo factum; atque, ut Ulpianus ait, dolo & fraus inest: id est, fraus est eadem dolo; ut alibi explico. eo modo Augustinus, Exposit. in Evangel. Joann. tract. 7. c. 1. tom. 9. pag. 29. col. 1. in fin. Dolum fraus est, simulatio est. posteriore casu inique quæritur, an oporteat servari pactum: quia non adversarii consilium & mala fides fraudi causam præbet: sed rei eventus, nec patitur ratio; ut creditori derur regressus ad actionem quam volens remisit, nullo circumventus debitoris dolo malo. servat igitur Prætor pactum bona fide factum, etsi alteri paciscentium sit fraudi; id est, damno: quia nil est quod accuset alterius industriam, sed suam imprudentiam.

Sic: si pactum ab initio sit dolo malo factum. quid, si post aliquid factum sit dolo malo? ait Ulpianus d. l. 7. §. 11, nocere exceptionem, quo jure? ait, propter hæc Edicti verba, Neque fiat. Antonius Muretus, V. CL. lib. sing. Observ. jur. c. 10, existimat, in his verbis Sigla quibus singulæ voces significabantur, in unam vocem coaluisse, & antiquitus scriptum fuisse. N. Q. F. C. E. F. id est, Neque quo fraus cui eorum fiat. Forſan non male: sed nulla necessitate. utcumque erit: ait Ulpianus, nocere exceptionem. putant autem Græci, Basilic. lib. xi. tit. 1, exceptionem ab eo dici pro replicatione. quomodo sonat exceptio in l. 9. §. 4. D. de jurejurando, & quibusdam aliis locis, jam add. §. 11. l. 7. annotatis a Jacobo Cujacio, V. CL. etsi possit quoque exceptio sumi pro pactione, ut tæpe; & nocere pro non prodesse: sicut alibi usurpari hoc verbum, observat idem Cujacius lib. 5. Observ. c. 39. & Petrus Faber lib. 2. Semestrianæ cap. 51. pag. 315. ita fuerit sensus, non proderit pactio. primum igitur non servat Prætor pacta conventa dolo malo facta.

CAPUT XVI.

Non servari a Prætoribus pacta adversus leges, aut in fraudem legum facta. quid sit adversus legem facere; & quid facere in fraudem legis. Prætoris Edictum sic esse acceptum. quasi adversus leges paciscatur qui paciscitur adversus publicam utilitatem; & qui paciscitur adversus privatam utilitatem, adversus leges non paciscatur. pactum de delictis privatis, cum civiliter agitur, valere ante commissis delictis: alioquin non valere. crimina publica aut privata numquam recipere pactionem. nec referre, utrum ea pactio fiat post admissa crimina, an ante. quin transactionem de his factam, videri corruptionem, etiam concussionem, & falsum, nec citra pœnam esse. reo tamen, si transegerit de capitali crimine, ignosci Principum humanitate.

DEinde ait, non servaturum se pacta conventionalia, quæ adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Principum neque quo fraus, cui eorum fiat, facta erunt. Sic Florentiæ edit Taurellius, in aliis libris est, Edicta, Decreta Principum. Multo rectius, nam & in l. 1. §. 8. D. de postulando sic ait Prætor, *Qui Lege, Plebiscito, Senatusconsulto, Edicto, Decreto Principum.* Est autem in hac Edicti parte duplex dubitatio: una, quid sit facere adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, aut in eorum fraudem: altera, quæ & quanta pars Juris illis verbis comprehendatur. quod ad priorem attinet: non est dubium, quin contra legem faciat qui facit quod lex prohibet palam vel tacite. nam legis appellatione venit non solum quod legis verbis, sed etiam quod ejus sententia continetur l. 6. §. 1. D. de verborum significatione. quamquam subtiliter distinguentibus: facit contra legem qui facit quod legis verbis prohibetur: in fraudem vero facit qui salvis legis verbis, ejus sententiam circumvenit l. 29. D. de legibus. fraus enim (ut Ulpianus ait l. 30. D. eod. tit. quæ est ex libro IV. Ad Edictum quo hujus Edicti verba interpretatus est Ulpianus) legi fit: ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: & quod distat *πρὸς τὸ δίκαιον*, id est, dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit. Utrumque erit: non servat prætor pacta adversus leges aut in fraudem legum facta. & est exemplum: si paciscaris, ut fiat quod lex prohibet palam vel tacite. quid, si lex non prohibeat: sed permittat, & interim fiat pactum, ne jus sit quod lex permittit? non fit pactum adversus legem. non enim lex cui permittit facere, ei imponit faciendi necessitatem. tantum patitur, volentem facere: nolentem facere, non cogit. ita fit: ut Prætor non improbet pacta adversus leges, præter prohibentes, facta. Qualia sunt pacta adversus leges facta de re publica: cæterum pacta adversus leges de privata re facta, improbare minime. scilicet est Prætoris officium, exequi leges communis omnium libertatis studiosas: ideoque sinentes, suis beneficiis uti qui velint: non cogentes uti qui nolint. Hoc sensu Quintilianus, *Declam. VII.* *Omnium, inquit, beneficiorum ista natura est, ut non sit necessitas, sed potestas. quidquid in honorem alicujus inventum est, desinet privilegium vocari posse, si cogas. cuncta, si videtur, jura percurrere,*

nusquam adeo pro nobis sollicita lex, ut quod præstat, extorqueat. injuriarum, cadis, agere permisit, sed non cogit invitos. adeo pene levius est, ultionem perire, quam potestatem. genus servitutis est coacta libertas, & eadem iniquitas, quidquid de invito homine facias. Improbatur igitur Prætor pacta contra leges facta, si ad publicam læsionem spectent: non æque, si ad privatam. & est exemplum in pacto de injuria; si facta sit; ex eaque civiliter & privato jure agatur ex lege Duodecim Tabularum, non enim jubet ea, invitum agere: sed volentem agere sinit agere. imo, ut Festus refert, verbo *Talionis*, ea Lex sic dixit, *Si membrum rupserit, ni cum eo pacit, talio esto.* permittit igitur de injuria, postquam facta est, pactum fieri. idem dici potest de furto jam admissio: nam de eo quoque eadem lex pacisci permittit l. 7. §. 14. D. de pactis: eo quod sufficit, timeri pœnas, nondum factis delictis: nempe, ne civilis conjunctio interpelletur: at his factis, nil interest reipublicæ, furti, aut injuriarum agi ex Duodecim Tabulis, si quis nolit agere. primum non potest infectum fieri delictum jam admissum. deinde interest reipublicæ, eum cui competat hæc aut illa actio, ei renunciare atque a privato jure, simul a lite atque ultione desistere. sic enim civilis procuratur societas quam lex intendebat propositis pœnis. valet igitur pactum de furto, & de injuria: quia non est adversus rem publicam, sed adversus privatam. quæ qui vult uti, potest; qui non vult, non cogitur. sic, si pactum fiat post commissum delictum. quid si ante fiat pactum, Ne agam furti, aut injuriarum, si deinde feceris furtum, aut injuriam? non valet pactum: quia habet causam turpem. fit enim adversus legem quæ vetat furtum aut injuriam admitti. fit etiam adversus publicam utilitatem tollens pœnæ metum; cum expediat reipublicæ, timeri legum pœnas l. 27. §. 4. D. de pactis: siquidem

Oderunt peccare mali formidine pœna.

Est in l. 7. §. 13. D. eod. tit. similis inspectio circa pactum, ne judicati agatur, vel incensarum ædium, ante facto incendio. movet; quod alterum est convellendæ rei judicatæ; alterum remittendæ disciplinæ; utrumque est adversus Duodecim Tabulas: quibus positas esse eas actiones, facile intelligitur ex Inscriptione l. 9. D. de incendio, ruina, naufragio, & l. 4. l. 5, & l. 7. D. de re judicata. Sed videamus,

ne utrumque pactum sit de re privata, neutrum de re publica. quare verius est, utrumque valere: non quasi pactum adversus leges fervetur: sed quasi ei cui concessæ sint hæ actiones, integrum sit eis uti, vel eas repudiare, lege non refragante. Idem quasi-
tum est *d. l. 7. §. 14. si paciscat*, ne operis novi nunciationem exequatur. quærendi causa; quod Prætoris imperium versatur. nam post operis novi nunciationem committunt se litigatores Prætoris jurisdictioni *l. 1. §. 9. D. de novi operis nunciatione*: ac si de ea pactum fiat; possit periculum esse, ne privatorum pactio iussui Prætoris anteposita videatur. si tamen privata res erit; valebit pactum: nisi aliud agat Prætor, cum decerneret, quam ut litem dirimat: at pacto finita est. igitur ne improbet Prætor factum; quod nisi esset, ipse facturus esset *l. 1. §. 10. D. de novi operis nunciatione*. Similis quaestio est, an valeat pactum contra Edictum Aedilium? & apparet, valere: quia id Edictum emptoris ignorantia succurrit; ad rem publicam non pertinet. licet igitur emptori pacisci contra Edictum Aedilium: maxime post contractam venditionem. imo, si id pactum fiat in ipso negotio venditionis gerendo, idem putat Ulpianus *l. 31. D. de pactis*: modo si ignoret venditor morbum aut vitium. nam si scivit, & consulto reticuit, & pactus est, ne teneatur ex Aedilitio Edicto; non servabit Prætor pactum. quin, ut idem Ulpianus ait *l. 11. §. 9. D. de Aedilitio Edicto*, danda erit de dolo malo replicatio: quia est venditoris dolus quem non probat Prætor. sic; si reticuit venditor morbum aut vitium, at si id palam pronuntiavit, & de eo nominatim excepit, hoc est, nominatim pactus est, licet contra Edictum; tamen standum est eo quod convenit, nempe, ut emptori fiat Edicti potestas, sed non necessitas: denique nil est, cur remittenti actiones suas sit regressus dandus *d. l. 14. §. 9. atque hoc Horatius indigitat lib. 2. Epist. 2. his verbis.*

Nemo hoc mangonum faceret tibi, non temere &
nte

Quis ferret idem. semel hic cessavit: & ut
fit

In sculis latuit metuens pendens habent.

Desimus, excepta nihil te si fuga ledat.

Ille ferat pretium, poena securus opinor.

Prudens emisti vitiosum: dicta tibi est lex.

Insequaris tamen hunc & lite moraris iniqua.

Idem in pactis ceteris omnibus ad Edictum Prætoris pertinentibus, si ad rem familiarem spectent, censet Ulpianus *l. 7. §. 14. D. de pactis*. at si non ad hanc respiciant, sed ad publicam læsionem; non idem censet. idque Paulus probat *l. 27. §. 4. D. eod. tit. in summa*, inquiens, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum. *D. Cujacius lib. 1. Observ. c. 24. pro re privata legit, re publica*. Sed retinenda vetus lectio, nam Paulo res privata est utilitas privata, seu propria: sicut res publica est utilitas publica. quemadmodum autem nulli licet pacisci adversus publicam utilitatem; sic unicuique licet pacisci adversus privatam: *l. 46. D. eod. tit.* nemo igitur, auctore Paulo, potest pacisci de negotio a re privata remoto: id est, de negotio a re propria remoto: sive de negotio ad privatam ejus utilitatem vel damnum non pertinente. addit Paulus rationem: ea ratio est; quod ante omnia animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat *d. l. 27. §. 4.*

Quod si est, vix est, ut de criminum transactione sollicitemur. nam si publica sint crimina: puto pa-

ctum, quodcumque de his fiat, adversus leges, atque adversus publicam utilitatem fieri. prohibentur enim publica crimina legibus publicorum judiciorum; ac si admittantur, adversus populum, vel ut alibi dicitur, in omnium injuriam, admitti intelliguntur, quod quid efficit, nisi ut nulli jus sit, pacisci vel transigere de publico crimine: quia nulli licet pacisci vel transigere de re publica. Ita in publicis criminibus. idem vel simile in privatis; ex quibus agitur criminaliter. nam ut sic non fiant publica: non tamen jam privata vertitur utilitas; sed agitur, ut publicæ vigor disciplinæ delinquentis poena extra ordinem vindicetur. quod cum ad exemplum spectet, id est, ad publicam utilitatem: probavi, pactum qualecunque fiat de privatis delictis, ubi criminaliter agitur, nunquam valere ex hoc Edicto: quia eo nulli conceditur adversus leges de publica pacisci utilitate. imo, si de his fiat transactio aut pactio, corruptio aut concussio appellatur: ac non tantum nulla est, sed etiam turpis: tantumque abest, ut jure ac legibus juvetur; ut e contrario ad peccatum accedat, nec a poena vacua sit. neque jam audio, si qui distinguant crimina ex quibus sequatur poena mortis naturalis, ab his ex quibus ea non sequatur. nunquam enim servatur pactum de crimine factum, ne capitali quidem. & est insignis error existimantium, contrarium significari ab Ulpiano *l. ult. D. de prævaricatione*, & Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano, *l. 18. C. de transactionibus*. nam quod ad Ulpianum attinet; is nunquam, ne per somnium quidem, cogitavit, quod ei adscribitur. Scio; ait, *In omnibus causis, præterquam in sanguine qui delatorem corrumpit, ex Senatusconsulto pro victo habetur*. Sed his verbis non probat pactum de capitali crimine factum; nec vult, id servari certo Civili Jure: tantum (quod miror non animadvertisse tot præclara ingenia) indigitat, reum in causa sanguinis, si quam cum delatore fecerit transactionem, ob eam non haberi pro victo; id est, non puniri: ut puniantur qui in aliis fisci quaestionibus delatorem corrumpunt, sive pecunia data cum delatore paciscuntur, ne accuset. id eo verius censeo, quod idem Ulpianus *l. 29. D. de jure fisci* simili modo, *Ejus, inquit, qui delatorem corrumpit, ea conditio est, ut pro victo habeatur: nam in fiscalibus causis id constitutum est*. Et tamen in *l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam scribit*, *In capitalibus criminibus a Principibus decretum esse, non nocere ei qui adversarium corrumpit: sed in his demum quæ poenam mortis continent. nam ignoscendum censuisse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit* Nec alia est sententia Imp. Diocletiani & Maximiani in *d. l. 18. ad Libellum* cujusdam Valentis, hominis privati, rescribentium in hæc verba. *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsæ accusationem*. Sic enim accipiendum est Rescriptum, quasi Valenti de more consulenti, quæ transactio de criminibus publicis facta, evitet falsæ accusationem, aut sub ea relinquatur, hoc respondeatur modo. Postquam, Valens, visum Principibus, reo non nocere transactionem, corrupto in capitalibus criminibus adversario: deinde non potest ei in his prohibita centeri transactio; utique, ut ob eam fiat reus falsi: nam etsi transactio de his fieri legibus prohibeatur, & facta incidat in falsi crimen: sit tamen Principum humanitate, ut falsi poena reo sanguinem suum qualiter qualiter redimenti, ignoscatur. aliter atque in criminibus sanguinis poenam

non ingerentibus. nam in his non potest reus transigere, quin falsi crimine teneatur: quia non placuit Principibus, reo in his quæ non continent sanguinis pœnam, sive transactionis, sive corruptionis, id est, peccati, veniam dare. Quod si est, ut est verissimum: prorsus mihi persuadeo, non spectare hoc Diocleriani & Maximiani Rescriptum ad Edictum Prætoris de pactis conventis, ut huc usque ab omnibus creditur: nec a me impetro, ne negligentia, & quidem crassæ ac latæ accusam Juris nostri Architectos: qui id collocarunt sub Titulo Codicis, De transactionibus. non enim est hujus Tituli finis, tradere ac definire, quando transactio adversus leges facta de criminalibus fisci quæstionibus, falsi accusatione castigetur: sed quæ sit vis transactionis de rebus privatis neque dolo malo,

neque adversus leges factæ. nulla igitur fuit causa ponendi hoc Rescriptum sub Titulo, De transactionibus, ad quem non pertinet: magis oportuit, aliquam ei eligi sedem libro Codicis nono, ubi de criminibus eorumque pœnis, aut decimo, ubi de Fisci jure agitur. Verum hoc in præsentiarum obiter & quasi in transcurso. nam id, & si quid præterea pertinet ad illustrem hanc quæstionem infelicitè expositam hætenus ab Interpretibus fama ingenii atque eruditionis longe clarissimis, extricavi, quam potui, diligentissime libro singulari quem inscripsi, *Diocletianum & Maximianum, sive de transactione & pactione criminum*: simul ibi ostendi, hæc d. l. 18. verba, *Excepto adulterio, esse l. puxia.*

CAPUT XVII.

De transactione alimentorum ex Oratione D. Marci.

Longum foret, si vellem, omnia enarrare pacta conventa quæ fiant adversus leges, atque adversus publicam utilitatem: nec tamen præteribo transactionem de alimentis ultima voluntate relictis. nam ea, nisi Prætor auctor fiat, transactionem admittere, D. Marcus vetuit Oratione in Senatu recitata: cum ea transactio ante nulla lege improbaretur: & a Prætoris hoc Edicto servaretur. Orationis formam Ulpianus libro quinto *De omnibus tribunalibus* exhibet l. 8. *D. de transactionibus*: quamquam, obsecutum mox Amplissimi Ordinis Decretum, Senatusconsulto rem imputat l. 23. §. 2. *D. de conditione indebiti*. verba Ulpiani ex d. l. 8. hæc sunt. *Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico presenti; Divus Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam auctore Prætoris facta.* Hic tenor Orationis: non tamen omnis. nam præterea jussit Oratio, Prætoris inquirere de causa, de modo, & de persona transigentium: ut idem Ulpianus testator d. l. 8. §. 8. sed nec generaliter permisit de alimentis transigi: sed specialiter de alimentis, de habitatione, de vestiario: quod similiter annotavit Ulpianus d. l. 8. §. 12. Est & illud observandum, quod alimenta solent infirmæ ætati præstari ex Fisco, aut ærario, aut arca reipublicæ civitatis. horum alimentorum meminere Historiæ Augustæ scriptores multis locis: etiam sequens Marmor apud Gruterum pag. 389. *Inscr. 6.*

L. CASVRIO. L. F.
CLV. SPECVLATORI
AED. III. VIR. I. D. Q. ARC
PVBL. ET. PEC. ALIMENTAR
DEFENSORI. R. P. CVR. ANN
POPVLO. & PRAEBITAE

Alexander quoque l. 3. *C. de compensationibus*, item Paulus l. 122. *D. de legatis lib. 1.* & Marcianus l. 117. *D. eod. tit.* De his autem alimentis etiam D. Marcum constituisse, auctor est Capitolinus, in ejus vita c. 11. verba Capitolini. *De alimentis publicis multa diligenter cavit.* Nec improbabilis est sententia Isaaci Casauboni, V. CL. existimantis, Capitolinum scripsisse, *De alimentis publicis, privatisque.* Sed nos quod hujus hujus loci est, de privatis videbimus.

Ait Oratio, *Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico presenti.* Ratio

Orationis justissima. nempe, ut effectum habeat pia & provida voluntas testatoris: relictis alimentis annuis, vel mensuris, vel diurnis, homini pauperi, vel segni, vel prodigo, id agentis, ut egestatem removeret ab eo, quem sciebat perditurum repræsentatam pecuniam, & interceptis alimentis sibi aliisque oneri futurum. nam hi quibus alimenta relinquuntur, plerumque tales sunt, ut sua non intelligant bona, & ideo utilitatem futurorum alimentorum, maxime divisorum in pensiones, sive annuas, sive mensuras, sive diurnas, facile mutant modico præsentis. Talem hominem suis coloribus pulcherrime depingit Terentianus Chremes, *Heautont. 5. 2.* verbis sequentibus.

--- -- *Quid me accusas Clitipho?*

Quidquid ego hujus feci, tibi prospexi, & stultitia tua.

Ubi te vidi animo esse omisso, & suavia in presentia

Quæ essent, prima habere, neque consulere in longitudinem:

Cepi rationem, ut neque egeres, neque ut hac posses perdere.

Ubi, cui decuit primo, tibi non licuit per te mihi dare,

Abii ad proximos tibi qui erant: eis commisi & credidi.

Ibi tua stultitia semper erit presidium, Clitipho, Victus, vestitus, quo in tectum te recipias.

Ait Oratio, *Ne alimentorum transactio aliter rata esset, quam auctore Prætoris facta.* Solet ergo Prætor intervenire: & inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quæ admitti debeat. nec refert, utrum de alimentis, quasi de incerto humanæ conditionis, transactio fiat: an cum aliqua de iis lis esset, magis de lite transigatur. non enim distinguit Oratio: & posset lis fingi, sub eoque colore Oratio circumveniri: ut citra Prætoris auctoritatem transigeretur d. l. 8. §. 20.

Sed quid, si non transactio fiat, sed pactio donationis causa? dubito, an rata habenda sit pactio. servat enim Prætor pacta conventa neque adversus leges, neque in fraudem legum facta. Oratione autem transactio prohibetur: non pactio donationis causa. nempe, quia homines facilius transigunt invitati modico præsentis; quam rem certam donant sine præsentis utilitate. debet porro jus aptari potius ad ea quæ & frequenter & facile fiunt, quam quæ

quæ perrato l. 3. §. 1. 5. D. de legibus. At enim Paulus lib. 1. Sentent. tit. 8. De his, inquit, rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet. Sed circumspecte accipienda ea Pauli definitio est. accedit enim ad verum intra verborum finem retenta. si ultra trahatur; a vero amovetur. ita liceat nobis, quod Paulus ait, pacisci de rebus de quibus transigere licet. sed cur non liceat nobis donationis causa pacisci de rebus de quibus transigere non licet? nil dico temere. ipse sic Paulus d. tit. 8. §. 4. De rebus, inquit, litigiosis & convenire & transigere possumus. post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.

Prohibet ergo Oratio transactionem alimentorum: nec tamen omnium, sed relictorum in primis. nam ad illa respicere Orationem, etsi latius pateant verba, Ne alimentorum transactio aliter rata sit, ex apposita causa intelligitur. ea causa est, Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent d. l. 8. pr. relicta porro alimenta sunt a defuncto data testamento vel codicillis d. l. 8. §. 2. l. 23. §. 2. D. de conditione indebiti. ita sane accipitur hoc verbum l. 6. D. de cessione bonorum, l. 117. D. de legatis lib. 1. l. 122. D. cod. tit. & in illo Martialis lib. 10. Epigr. 47.

*Vitam qua faciunt beatorem,
Fecundissime Martialis, hæc sunt.*

Res non parva labore, sed relicta.

Si tamen mortis causa donatione relicta sint alimenta: idem dicendum est. quia ea donatio demum morte perficitur, & ad instar legatorum habetur. idemque est, si per fideicommissum fuerit relicta ab eo cui quid donatum est mortis causa. (sic enim construendum, intelligendumque est in d. l. 8. §. 2. hoc Ulpiani, vel ab eo cui mortis causa donata sunt relicta) potest enim fideicommissum relinqui ab eo cui donatum fuit mortis causa. Quid, si inter vivos promissa sint alimenta? non spectant ad Orationem d. l. 8. §. 2: quia non sunt relicta. denique voluit testator, alimentis relictis, consulere alimentario, ne egeat; & placuit Orationi, tam pium testatoris consilium non eludi per alimentarium nequam, vel imprudentem, & tantum quod ante pedes modo est, videntem: quod si contractibus inter vivos constituta sint alimenta, & de his fiat transactio: corrumpit alimentarius jus, quod non alius ei, sed ipse sibi adquisivit. nocet igitur sibi, sicut prodest, non repugnante Oratione.

Cæterum ubi improbat Oratio transactionem sine Prætoris factam de alimentis relictis, utrum futura intelligimus, an præterita? Et puto futura l. 8. C. de transactionibus: nam hæc proprie sunt alimenta: illa etsi dicantur alimenta, proprie non sunt alimenta. accedit, quod interceptis futuris alimentis, possit alimentarius egere; eoque inanis fieri voluntas testatoris pia ac provida. quod periculum in præteritis non est. Vetat igitur Oratio, sine Prætoris transigi de futuris alimentis: id est de esculentis & potulentis, quibus alitur corpus. Nec dubium est, quin his aqua contineatur. quamquam hæc inspectio, ubi

Ufus communis aquarum est,

quatenus attingit Orationem qua prohibetur alimentorum transactio, vix habet usum. sunt enim aquæ ibi munera publica jure gentium. Ulpianus tamen l. 1. D. de alimentis legatis (quæ est propria hujus loci: quippe cum sit ex ejus lib. v. De omnibus tribunalibus ex quo est d. l. 8, qua exponitur Oratio) putat, dici posse, alimentis legatis, etiam aquam legato inesse: si legata fuerit in regione,

ubi solet venundari: ut in regionibus Africae & Egypti l. 14. §. 3. D. cod. tit. etiam Ravennæ: de qua ita Martialis, lib. 3. Epigr. 55.

Sit cisterna mihi, quam vinea, malo Ravenna:

Cum possim longe vendere pluris aquam.

Cæterum, etsi alimenta proprie sint esculenta & potulenta: sit tamen humana conditione; ut sub alimentis habitatio quoque & vestiarius, & calcearium comprehendatur; quia vix est, ut sine his ali possit corpus l. 6. D. de alimentis legatis. quomodo responsum ab Ulpiano & Gajo est l. 43, & 44. D. de verborum significatione, Verbo victus contineri quæ esui potuique, cultuique corporis, quæque ad vivendum homini necessaria sunt. vestem quoque victus habere vicem, & cætera quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur. Atque hæc esse alimenta quæ a Scævola l. 16. §. 1. D. de alimentis legatis dicantur alimenta commoda, id est, perfecta & omnibus numeris absoluta, erudite interpretatur V. CL. Janus Rutgersius Vennsin. lection. c. 7. p. 268. & seq.

Convenit igitur providentiæ Orationis, ut nec habitatio, nec vestiarius, alimentario inconsulta transactione intercipientur d. l. 8. §. 1. & 14. imo voluit D. Marcus, ea non modo sub alimentis comprehendere: sed etiam jussit, de eis specialiter transigi: ac si generaliter sit transactum de alimentis, neque de habitatione, neque de vestiario transactum intelligi d. l. 8. §. 12. Cætera quæ ad disciplinam pertinent, legatis alimentis, non continentur legato: nisi aliud testatorem sensisse probetur d. l. 6. & 7. D. de alimentis legatis.

Vult igitur Oratio, ne transactio alimentorum fiat sine Prætoris. nec quidquam addit. igitur nihil refert ejus, quomodo relicta sint alimenta: sive perpetuo, sive usque ad certos annos: & sive in singulos menses, sive in singulos dies, sive in singulos annos. solent enim alimenta sic temporibus & pensionibus dividi: atque in omnibus his casibus Oratio locum habet d. l. 8. §. 3: modo quid alimentorum causa sit relictum. nam si homini honestioris loci relicta in annos singulos fuerit certa quantitas: poterit transactio sine Prætoris fieri. etsi enim alimenta fere sint onera annua, vel menstrua, vel diurna l. 8. in f. D. de alimentis legatis, tamen non omne quod est in singulos annos aut menses legatum, alimenti causam habet: cum sæpe honoris causa relinquatur veluti salarium annuum, vel usufructus d. l. 8. §. 23. Sit argumentum: quod in Digestis est alius Titulus De annuis legatis; alius De alimentis vel cibariis: item, quod cautio, Si cui plus quam per Legem Falcidiam, alimentariis quidem remittitur: sed non iis quoque quibus legatum fuit in annos singulos l. 3. §. 4. D. Si cui plus quam per Legem Falcidiam. l. 1. §. 16. D. Ad legem Falcidiam. Interest igitur inter annua legata & annua alimenta legata. de his nemo potest transigere; qualiscumque sit, libertinus, an ingenuus; locuples tatis, an pauper d. l. 8. §. 7: in illis distinguimus; utrum sit honoris causa relictum homini honestiori quod sit pro dignitate ejus; an relictum sit cui inopi misericordiæ causa, quantum ei sufficiat ad alimenta l. 6. D. de cessione bonorum: altero casu relictum alimenti vicem habebit: altero legatum videbitur tamquam salarium aut usufructus d. l. 8. §. 23. Sic; si divisa temporibus aut pensionibus sint alimenta.

Imo inquit Ulpianus d. l. 8. §. 4, & si integra quantitas alicui fuerit legata, ut ex usuris ejus se alat, & sortem mortis tempore restituat; licet non in annos singulos sit relicta, tamen non cessabit

Oratio: quia sufficit, relicta esse, ut se alat ex uluris ejus: & Oratio omnibus prospexit modis quibus sit periculum, ne fame prematur alimentarius: cui in longitudinem consultum voluit testator.

De eo dubito, an Oratio locuta præsertim sit de pecunia ad alimenta relicta. & tamen non dubito, si cui non nummus fuerit ad alimenta relictus, sed frumentum, atque oleum, & cætera ad victum necessaria: quin velit ratio, ut nec de his transigere possit, inconsulto Prætor; sive annua, sive menstrua ei relinquuntur *d. l. 8. §. 24.*

Idem dicendum est, si fundum ad alimenta relictum, distrahere, aut de eo transigere velit alimentarius *d. l. 8. §. 15*: etsi enim de hoc silent Orationis verba, tamen sententia Orationis comprehenditur: ne circumveniatur voluntas testatoris, hoc agentis fundo ad alimenta legato; ut alimentarius haberet non tantum fundi fructus, sed etiam proprietatem *l. 4. D. de alimentis legatis*. ita non debebat benignitas datæ proprietatis esse in causa, ut legatarius eo magis, sed ut eo minus haberet jus de ea transigendi: ne periret pietas testatoris ei, quam potuit amplissime, de alimentis providentis, etiam concessa proprietate.

Æque placuit, ne quacumque alia ratione fiat deterior causa alimentorum. finge: fundus testamento est obligatus in securitatem alimentorum: (quod solet fieri *l. 12. D. de annuis legatis. l. 26. D. de pignoratitia actione*) non potest alimentarius efficere, ut is fundus liberetur, nisi interveniente Prætor *d. l. 8. §. 15*: quia hoc agit, ne tibi certa sint alimenta quæ testator ei pignoris remedio certa esse voluit.

Deinde ait Oratio, *Ne transactio alimentorum aliter rata esset, quam auctore Prætor facta*. Vult igitur quæri apud Prætorem, an & quæ transactio fieri debeat. nec perfunctorie, sed diligenter, & ut Ulpianus *d. l. 8. §. 8.* ait, de istis: in primis de causa transactionis: dein de modo: tertio de persona transigentium. In causa hoc erit requirendum, quæ causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet Prætor. Causæ fere hujusmodi solent allegari: si alibi domicilium heres, alibi alimentarius habeat: aut si destinet domicilium transferte alter eorum: aut si causa aliqua urgeat præsentis pecuniæ: aut si a pluribus ei alimenta relicta sint, & minutatim singulos convenire ei difficile sit: aut si qua alia causa fuit, ut plures solent incidere quæ Prætori suadeant, transactionem admittere. *d. l. 8. §. 9.* Modus quoque pecuniæ quæ in transactionem venit, æstimandus est: ut puta quantitas transactionis: nam etiam ex modo fides transactionis æstimabitur. modus autem pro ætate ejus qui transigit, arbitrandus est, & valetudine: nam alias cum puero, alias cum juvene, alias cum senes transigi, palam est: constat enim, alimenta cum vita finire *d. l. 8. §. 10.* Sed & personarum contemplatio habenda est: hoc est, cujus vitæ sint hi quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitæ qui alias sufficere sibi possint, an sequioris qui de alimentis pendeant. In persona ejus a quo alimenta relicta sunt, hæc erunt specienda: in quibus sunt facultatibus, cujus propositi, cujus opinionis: tunc enim apparebit, numquid circumvenire velit eum cum quo transigit *d. l. 8. §. 11.*

Vult igitur Oratio, ne alimentorum transactio fiat aliter, quam causa a Prætor cognita. quid, si Prætor aditus, permiserit transigi citra causæ cognitionem? nullius momenti erit transactio. est enim ea res Prætori quærenda commissa, non ne-

gligenda, nec donanda. sed & si non de omnibus inquisierit quæ Oratio mandat; hoc est, de causa, de modo, de personis transigentium: dicendum est, quamvis de quibusdam quæsierit, irritam esse transactionem *d. l. 8. §. 17.*

Vult igitur Oratio, alimentorum transactionem fieri, Prætor auctore: maxime in Urbe. nam in provincia Præsidis est cognitio *d. l. 8. §. 18*: non quod ejus meminit Oratio, sed quod omnia provincialia desideria quæ Romæ varios habent Judices, ad officium Præsidi pertinent *l. 10. §. 11. D. de officio Præsidi*. Quod si a fisco petantur alimenta, etiam apud Procuratorem fieri posse transactionem, Ulpianus scribit *d. l. 8. §. 19.* secundum quæ & apud Præfectos Aëarii posse *d. l. 8. §. 19.*

Ut igitur valeat transactio de alimentis, intervenire debet Prætoris norio, sed utrum ipsius, an & mandatarii? sed puto, ipsius. nam ut Ulpianus ait *d. l. 8. §. 18*, nec mandate ex hac causa jurisdictionem vel Præses provinciæ vel Prætor poterit, scilicet, quia ea Prætori competit non vi imperii aut jure Magistratus sui: sed speciali D. Marci concessione. quæcumque autem specialiter Leges vel Senatusconsulto, vel Constitutione tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur *l. 1. D. de officio ejus cui.*

Porro ait Oratio, *Ne transactio alimentorum aliter rata esset, quam auctore Prætor facta*. His verbis continetur effectus transactionis alimentorum sine Prætor factæ, is effectus huc exit, ut perinde habeatur ea transactio, ac si facta non esset. hoc sensu ait Ulpianus *l. 23. §. 2. D. de conditione indebiti*, eam Senatusconsulto quo confirmata Oratio est, infirmari. adhuc igitur possunt alimenta peti, quamvis facta transactione: & si quid datum sit, non proficit ad transactionem, sed in præterita alimenta cedit *l. 7. §. 2. D. de transactionibus*. nec interest, utrum tantum sit in quantitate debita, quantum datum est, an plus, vel minus. nam & si minus sit, adhuc quod in solutum datum est, in præterita alimenta imputabitur. Sane, si is qui de alimentis transigit, locupletior factus sit ea solutione: æquissimum fore, Ulpianus ait, quatenus factus sit locupletior, in eum dari repetitionem: nec enim debere ex alieno damno esse locupletem *d. l. 8. §. 22*, infirmata Senatusconsulto transactione *d. l. 23. §. 2.*

Igitur apparet, transactionem de alimentis sine Prætor factam, etsi olim servaretur hoc Edicto; tamen postquam D. Marci Oratione rata non habetur, deinde non servari; maxime, si idcirco facta sit, ut quis repræsentatam pecuniam consumat. nam hanc demum transactionem Oratio improbat. Sed quid, si quis citra Prætoris auctoritatem transigerit, ut quod ei per singulos annos sit relictum, per singulos menses consequatur: aut quid, si quod ei sit relictum per singulos menses, consequatur per singulos dies? quid deinde, si quod consummato anno ut acciperet, initio anni consequatur? putat Ulpianus, valere eam transactionem: quia nihil factum quod Oratio improbet. noluit enim, alimenta per transactionem intercipi *d. l. 8. §. 6*: alimentarius autem ea transactione suam conditionem non fecit deteriorem, sed meliorem. placet igitur quod Modestinus *l. 25. D. de legibus* scribit, Nullam juris rationem, aut æquitatis benignitatem pati, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione

contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. Non longe hinc ablu-

dit species *d. l. 8. §. 5.*

CAPUT XVIII.

An possit transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis, cognitivisve testamenti verbis?

Est & hæc celebris quaestio: an possit transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis cognitivisve ejus verbis? Negat vetus opinio; atque ea penitus adhuc obsidet cogitationes nobilium Juris Interpretum: propter Gaji verba a Juris Architectis ex ejus libro xvii. Ad Edictum provinciale ad hunc modum posita in l. 6. *D. de transactionibus. De his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitivisve verbis testamenti.* Sed numquam fuit Gajo mens, quam præferunt ejus verba, & esse voluere Juris Architecti. contra licita fuit Gaji tempore transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus, non inspectis cognitivisve ejus verbis: Veteribus eam rem in medio relinquentibus arbitrio transigentium: eo quod æquitas, etsi non veret transactioni dari formam, ne fiat ante apertas, & inspectas testamenti tabulas, talem formam Populi Romani legibus aut moribus extorsit numquam. ita non est a Juris ratione alienum, litis timorem vel in hac specie partium consensu bona fide sopiri, & sopitum non resuscitari sub prætextu testamenti ante non inspecti aut cogniti. Atqui possit periculum esse; ne transigens testamentum, ante non inspectis aut cognitivis ejus verbis, facile capiatur. Tamquam sit necessitas, transigere de controversia ex testamento ante non inspecto, sed licet unicuique ante, quam transigit, ab herede petere, ut sibi fiat inspiciendi describendique testamenti copia: parato ad hoc interdicto, De tabulis exhibendis, vel Edicto, Quemadmodum testamenta aperiuntur. eorum igitur altero uti si neglexerit, cum posset, & interim parte rei sibi relicta imprudenter deciderit: profecto habet quod suæ locordiae; non quod adversarii diligentiae imputet; & ideo damnum passus sua culpa, non intelligitur, damnum passus esse l. 203. *D. de regulis juris*: nec habet causam rescindendi transactionem ejus sponte factam sine necessitate: etsi eventus latus sit; modo nil actum sit adversarii dolo malo l. 7. §. 10. *D. de pactis*. Naturalis hæc æquitas, & subnixæ auctoritate Prætoris: generaliter promittentis, se servaturum pacta conventiona, neque dolo malo, neque adversus leges, aut in fraudem legum facta l. 7. §. 7. *D. eod. tit.* nulla porro lex idcirco improbat transactionem de controversiis ex testamento proficiscentibus: quod sit facta, non inspectis cognitivisve testamenti tabulis. quin tu audis Imp. Diocletianum & Maximianum l. 19. *C. de transactionibus*. Irenæo cuidam rescribentes, *Sub prætextu instrumenti post repertum, transactionem bona fide factam, rescindi jura non pati.* Placet id illis Imperatoribus, instrumentum (quo etiam testamentum censetur) ante incognito & post demum reperto? quanto justius dicatur, testamentum ante cognito, etsi ante non aperto inspectoque?

At te sollicitat Gajus d. l. 6. *D. de transactionibus*. Sed frustra. quid enim, si fugitivum sit hoc Gaji Caput, atque ab Edicto de pactis conventis longe remotum? ita prorsus est. interpretatus

enim Gajus Edictum de pactis conventis lib. 1. Ad Edictum Provinciale: ut docent Inscriptiones l. 20. l. 28. §. 1. 30. *D. de pactis*. at desumpta d. l. 6, quod ejus Inscriptio indicat, est ex Gaji lib. xvii. Ad Edictum Provinciale: in quo is nihil egit de pactis aut transactionibus, sed de testamentis id est, qui habeant jus faciendi testamenti, item, quomodo ordinentur testamenta: tam de heredibus instituendis: porro quemadmodum testamenta aperiuntur, inspiciantur, & describantur: dehinc ut servantur legata ex Edicto, Si quis omissa causa testamenti: postremo quemadmodum ex Senatusconsulto Silariano de servis habeatur quaestio, antequam testamenta aperiuntur.

Hunc fuisse ejus libri ordinem & tenorem, commode notavit Jacobus Labiatus ex Fragmentis in Pandectas eo ex libro relatis: pertinere autem d. l. 6. ad Edictum de tabulis aperiendis, observavit ex l. 1. pr. §. 1. *D. Testamenta quemadmodum aperiuntur*: cujus Inscriptio præfert Gaji lib. xvii. Ad Edictum Provinciale. edit vero is Gaji locus Edicti non sensum modo, sed æquitatem quoque & rationem pene verbis d. l. 6. Edicti sensus continetur his d. l. 1. verbis: *Omnes quicunque desiderant tabulas testamenti inspiciere, vel etiam describere, despiciendi, describendique potestatem facit Prætor pollicetur.* Hic sensus Edicti. At ejus commendatio æquitatis in §. 1. ejusdem loci sic sonat. *Ratio autem Edicti manifesta est. Neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur aliter potest, quam inspectis cognitivisve verbis testamenti.* Hæc ratio Edicti Proconsulis, sed Gajo debetur. indicat autem, Proconsulem in Edicto jubere, omnibus desiderantibus tabulas testamenti inspiciere vel describere, ejus inspiciendi describendique facultatem fieri: hæc causa; ut, si velint de testamento litigare, apud Judicem possit exquiri veritas: sin malint decidere, sine Judice possit transigi controversia. igitur voluit quidem Proconsul, eos qui cogitent, dirimere controversias ex testamento proficiscentes, adjuvare apertis testamenti tabulis: quo facilius ac securius faciant quod eis negotium est. at non voluit, transactionem, si fiat bona fide, non inspectis cognitivisve testamenti verbis, idcirco infirmare: quod sit facta, non inspecto & cognito ante testamento. minime, non est hoc Edicto comprehensum: neque alias placuit legibus aut moribus Populi Romani. nec igitur potuit a Gajo dici: quippe cum non sit privati Jurisconsulti, leges facere, sed factas interpretari, ac si explicanda, ut oportet, ex Gaji mente sit d. l. 6, §. 1. §. 1: neutra improbat transactionem de testamento factam, ante non inspectis cognitivisve ejus tabulis. contra verissimum est, quod observavit Antonius Faber, V. Cl. *Rationalibus*, Gajum, cum negat, aliter posse transigi de his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur, quam inspectis cognitivisve verbis testamenti, tantum de facto, non de jure loqui. Dixi, quæ mihi visa inde a prima juventute sunt probabilia.

lia. plura attulit pridem V. Cl. Antonius Schultingius, egregia *Dissertatione super controversiis quae ex ultimis voluntatibus proficiuntur, etiam non inspectis vel cognitis illarum verbis recte incunda:*

nec pigebit vidisse. spero, aequè placebit ejus Jurisprudencia Antejustiniana quam expectamus.

CAPUT XIX.

Prætori non esse propositum in hoc Edicto, servare pacta conventa, facta adversus Jus Civile, cum scriptum, tum non scriptum. De forma plerisque negotiis data Civili Jure. Et an contra hanc possit pactum conventum fieri expresse vel tacite. Et quid de causis?

Huc usque dixi, quando non servet Prætor pacta conventa adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, aut in eorum fraudem facta. Reliquum est: ut investigem, quid his indigitet verbis, Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum: cum Imp. Justinianus *l. pen. C. de pactis* simpliciter dicat, *Ipso Prætoris Edicto, pacta conventa quæ neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt.* Mihi vero videtur, propositum esse Prætori, non servare pacta conventa, facta adversus Jus scriptum, & non scriptum: nec interesse ejus, utrum sit proprium Populi Romani, an commune omnium hominum: etsi Edicti verba tantum improbent pacta conventa, facta adversus Jus scriptum: quod Legibus, Plebiscitis, Senatusconsultis, Edictis Prætorum, & Decretis Principum constabat tempore Juliani: qui composuit Edictum perpetuum. Occurrit aliquoties talis veteris Edicti interpolatio. notavi eam ad præcedentia verba, *Neque dolo malo:* & in Edicto, Quod metus causa, & De commodato jam olim similem observavit Ulpianus *l. 1. D. Quod metus causa, & l. 1. §. 1. D. Commodati.* Deest etiam hodie in Edicto *Ædilium curulium* versus, *Titulus scriptorum singulorum ut ei scriptus sit, &c:* quem versum olim fuisse in eo Edicto, auctor est A. Gellius *lib. 2. Noct. Attic. c. 2.* In præsentia vero confinxit Julianus veteris Prætoris verba ad mores sui temporis. Nulla enim ante inductum Principatum fuerunt Principum Decreta: cum hodie in Perpetuo Edicto hic a Juliano fiat eorum mentio. Non minus convenit seculo Juliani, quod in Edicto non nominantur Responsa Prudentum: ut ut ea Juri scripto annumeret Imp. Justinianus *§. 3. Inst. de jure naturali:* qui ea confirmavit *l. 2. De confirmatione Digestorum:* sicut & ante sunt confirmata ab Imp. Theodosio *l. unic. Cod. Theod. De responsis prudentum:* cum ante eam legem Jus Civile quod in specie sic vocatur, a Jurisconsultis compositum Fori Disputatione sine scripto venire, certus auctor sit Pomponius *l. 2, §. 5. D. de origine juris.* Cæterum etsi Edicti verba non meminerint morum Populi Romani, id est, Juris non scripti: placuit tamen Veteribus, mores non excludere ab Edicti sententia: uno Prætoris consilio, tueri conjunctionem civilis societatis non minus a moribus, quam a scriptis legibus pendentem. quid si mores etiam Populi leges sunt? non minus enim Populi voluntatem tacite rebus & factis, quam leges eam manifestis civium suffragiis declarant *l. 32. §. 1. l. 35. & 36. D. de legibus.* Hoc sensu Imp. Justinianus *l. pen. C. de pactis, Ipso,* inquit, *Prætoris Edicto pacta conventa quæ neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo obser-*

vanda sunt. Sed Prætor ne Naturæ quidem jus neglexit: cum hoc sit lex & mos generis humani: cujus jure æque ac parte censetur Populus Romanus *§. 2. Inst. de jure naturali.* optime Cicero in *Partitionibus, Legis,* inquit, *esse propria etiam ea quæ sine literis aut gentium jure, aut more majorum retinentur.* Improbantur igitur Edicti verbis pacta in primis facta adversus jus scriptum: sed mente ejus & sententia etiam pacta facta adversus jus non scriptum; sive sit proprium Populi Romani, sive sit commune generis humani. & valde probo, quod ait Justinianus *l. ult. C. de pactis,* id contineri regulis juris: solitis Veteribus ex legibus atque Edictis condere juris regulas. Eodem modo & sensu Antonius *l. 6. C. de pactis, Pacta,* inquit, *quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores sunt, nullam vim habere, indubitati juris est.* Ita summa est, *Generaliter quoties pactum a jure communi remotum est, servari non oportere.* Sic subducit Ulpianus *l. 7. §. 16. D. eod. tit.* Nec aliter putat Gajus *l. 28. D. eod. tit.* Contra, inquit, *juris civilis regulas pacta conventa rata non haberi.* Papinianus quoque *l. 38. D. eod. tit. Jus,* inquit, *publicum privatorum pactis mutari non potest.*

Non subsistam hoc fine: ultra monendum est, inditam a Civili & Prætorio Jure plerisque negotiis, pro faciliore eorum explicatione, esse formam, sive substantiam, sive naturam, ab æquitate, pudore, honestate, & publico omnium commodo atque utilitate non alienam. meminit hujus formæ Imp. Justinianus *§. ult. Inst. de mandato,* & ante eum Celsus *l. 47. §. ult. D. eod. tit.* Ulpianus quoque *l. 7. §. 15. D. de pactis:* Papinianus substantiam dixit *l. 72. D. de contrahenda emptione:* Ulpianus naturam *d. l. 7. §. 5. D. de pactis:* Paulus *l. 27. §. 3. D. eod. tit.* naturam & formam: & *l. 26. §. 1. D. depositi* modum: Papinianus *l. 24. D. eod. tit.* naturam & notos terminos: & *l. 9. §. 1. D. de duobus reis* statum & naturam, ita pacta, adversus leges facta, in Edicto sunt pacta facta adversus formam, naturam, substantiam, negotiis rebusque Jure Civili & Prætorio datam atque impressam communis respectu utilitatis, Pomponius *l. 27. D. de regulis juris* id sic effert. *Nec ex Prætorio, nec ex solemni jure, privatorum conventionem quicquam immutandum est: quamvis obligationum causa pactione possint immutari Et ipso jure Et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege, vel per Prætorem introductus, privatorum pactionibus non informatur: nec si, cum inchoatur actio, inter eos convenerit.* Ita legendum, *nec si, cum:* etsi alias legatur, nisi tunc cum.

Sed ut hæc clarius intelligantur: porro sciendum est, quod pacta negotii modo, sive substantiæ, sive formæ vel expresse adversantur, vel tacite, expresse: si convenerit quod dire-

directo pugnet cum eo quod contractum est, tacite: si ei non directo, sed per consequentiam, adverteretur. cum autem pactum expresse repugnat negotii formae; atque insuper injustum est aut certe a publica utilitate remotum. valet contractus, sed pactum vitatur. pone, contrahi societatem, in eaque pactum fieri: ut unus tantum lucrum, alter tantum damnum, habeat: valet societas, irritum pacto §. 2. *Inst. de societate*: quia est contra naturam societatis, atque etiam injustum. facit enim, ne sit aequalitas; etsi pari sociorum collatione: societas autem est (ut Livius, lib. 8. c. 4. definit) juris aequatio; siue (ut Papinianus ait l. 63. D. *Pro socio*) fraternitas. Simile est: si in deposito fiat pactum, Ne de dolo agatur, non admissio adhuc a depositario dolo malo l. 27. §. 3. D. *de pactis*: est enim tale pactum contra formam omnium iudiciorum bonae fidei l. 23. D. *de regulis juris*, in primitque depositi l. 31. D. *depositi*: nec minus contra bonos mores l. 1. §. 7. D. *eod. tit.* quia invitat depositarium ad delinquendum in re deposita. Est id manifestae rationis. Sed quid faciemus Ulpiano l. 7. §. 15. D. *de pactis*: scribenti, Si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum? Et auget difficultatem Paulus l. 27. §. 3. D. *eod. tit.* Illud, inquit, nulla pactio effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit. Nam si non potest pactio effici, Ne dolus praestetur: qua ratione jus sit alicui pacisci, Ne depositi agat: si praesertim vi ipsa (ita hic & in l. 16. §. 3. D. *Ad Senatusconsultum Trebellianum*, & l. 45. §. 1. D. *Ad legem Falcidiam* Paulus, pro in effectu) si, inquam, vi ipsa sic pacisci videatur, Ne de dolo agat? & tamen profuturum illud pactum, & Paulus & Ulpianus putat. Sed quid est? eget hic consilii deprehensa subtilitas. quid enim habet, quod extricet difficultatem? Scio: sunt qui sibi persuadent, Ulpianum & Paulum non improbare pactum, ne depositi agatur: ante contracto deposito, & admissio jam a depositario dolo malo. Sed metuo; ne quod dicunt, careat ratione: num enim opus fuit disputatione, an post admissum dolum jure licito fiat pactum, Ne depositi agatur? atqui non prohibetur is qui deposuit, post admissum dolum palam convenire, Ne de dolo agat. cur igitur dubitetur, an deinde pacisci possit, Ne depositi agat? Non magis accedam existimantibus: quod pacto, Ne depositi agatur, non agitur palam & directo, Ne dolus praestetur; sed tacite: non expressa autem non nocent, quae expressa, non valerent. Nam nec illa est probabilis sententia. quia est gravis pudori civilis sapientiae. nisi interest rei publicae; utrum quis palam ad peccandum inviteatur, promissa spe impunitatis; an tacite: cum utique invitatur ad flagitium publico bono noxium, non igitur pertinet tam immodesta explicatio ad verecundiam Veterum Jurisconsultorum. Me auctore, sobrie, ut oportet, exaudiatur sententia Ulpiani & Pauli: nec erit quod castigetur. ajunt, profuturum pactum, Ne depositi agatur. nimirum, quia eo pacto non utique convenitur, Ne de dolo agatur: etsi videatur sic agi. potest enim depositi agi non tantum ob dolum malum, sed etiam ob culpam. quis autem reprehendat pactum, Ne ob culpam agatur ex causa depositi? optima igitur ratione fit pactum, Ne depositi agatur: etsi paciscens, Ne depositi agat, vi ipsa videatur pacisci, Ne de dolo agat. sicut enim potest hoc pactum accipi, ne depositarium invitet ad grassandum in

re deposita: quid ni ea modestia explicetur? sit igitur pacto, Ne depositi agatur, vi ipsa pactum, Ne de dolo agatur: at non ideo proderit paci-
fcenti, ne dolo malo agens in re deposita, conveniatur actione depositi: tantum huc perget; ne amissa aut deteriorata re deposita depositarii culpa aut negligentia, ejus periculum ad depositarium spectet. hoc patitur civilis & naturalis ratio. quod si vim hujus pacti ultra porrigat depositarius: abstinendum est a tam impudente & improba explicatione.

Sic: si pactum expresse fiat adversus negotii formam, atque etiam injustum, aut contra bonos mores sit. proximus tractatus erit, quid juris sit: si pactum fiat adversus negotii formam, nec injustum sit, neque alias publica utilitate refutetur. Extant ad hanc parrem complura in jure exempla. sed defungar paucis. Finge: aliquis committit sua negotia alteri gerenda, non gratis, sed mercede constituta: eamque conventionem vocat mandatum. an valet? movet, quod non est injustum. sed est contra mandati formam. facit igitur: ne sit mandatum; sed magis locatio & conductio videatur. hanc enim res indicat; etsi mandatum dicatur §. ult. *Inst. de mandato*. Rursus pone: insulam vendidi: hoc modo, ut aliam insulam reficeres. an valebit pactum? non enim iniquum est, neque legibus aut moribus improbatum. est tamen adversus formam venditionis: ab una parte mercedem, ab altera pecuniam certam & numeratam desiderantis. ne igitur confundantur civilia negotia, eoque difficilius fiat eorum explicatio: placet Neratio l. 6. D. *de praescriptis verbis*, (non intercedente Pomponio l. 6. §. 1. D. *de actionibus empti*) magis ad rem, quam ad verba attendere; ideoque nullam putare venditionem, sed agendum esse civili intentione incerti. dicam igitur, valere pactum, sed eo mutari contractum, magisque incertum atque innominatum esse: licet contrahentes eum vocent venditionem. hunc enim contractum non fert forma & substantia ejus quod geritur: illum indicat. & est quidem rationis, ut contrahentes ab initio quem velint ineant contractum: servantes naturam, & substantiam ei a Jure Civili datam. at ut mutatis terminis, non mutetur nomen obligationis: non fuit rationis. cur enim liceat contrahentibus, pro sua libidine confundere negotiorum formas, nulla suadente utilitate. Ita nec potest vendita intelligi res: ubi agitur, ne ejus dominium ad emptorem transeat: licet enim a contrahentibus dicatur venditio: tamen ad rem spectantibus, aut locatio est, aut aliud genus contractus l. 80. §. ult. D. *de contrahenda emptione*. Simili ratione quae dos vocatur, emptio fit aestimatione rei dotalis l. 13. C. *de jure dotium*: & quae emptio dicitur, nullo interveniente pretio, non est emptio l. 36. D. *de contrahenda emptione*; sed donatio l. 3. §. 9. C. *eod. tit.* nulla vetante lege. nam si illa intercedat: contra dicendum esse, egregio exemplo ostendit Ulpianus l. 38. D. *eod. tit.*

Hac in superioribus obtinent optimo jure. non tamen sunt ubique trahenda ad exemplum: ne argumenti quidem similitudine. non enim definita sunt lege una & certa: sed Fori Disputatione, atque incidente occasione, paulatim invaluerunt. ita si sinceram quaerimus Jurisprudentiam, vel hac in parte sequi nos oportet, non quo aequitas & mera ratio, sed quo Veterum usus & auctoritas ducit. Sit exemplum in precario: in quo non placuere Celso recepta in superioribus, quantum colligo ex l. 12. D. *de precario*. Verba Celsi sunt.

sunt. Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat: numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Finge; precibus a me impetrasti utrum domus: hac lege, ut in Calendas usque Julias eam precario possideas. Si rem ex vero aestimamus: proxima est commodato; licet a contrahentibus dicatur precarium. sunt enim inter se repugnantia, ut alienam rem domino invito possidere tibi liceat, & tamen eam possideas precario, id est, quamdiu voluerit dominus *l. 1. pr. l. 2. §. 2. D. eod. tit.* at non repugnat commodati forma, quo minus paciscaris, ut tibi liceat, re mea gratis uti ad certum tempus; nec mihi jus sit, eam interim revocare *l. 17. §. 3. D. Commodati.* quod si igitur lubet magis, quod agitur, quam quod dicitur, considerare: non erit in proposito precarium, sed commodatum. quia hoc patitur negotii forma, illud non patitur: quamvis velint contrahentes. sed alio vertit Celsus *d. l. 12*: arbitratus, non esse commodatum, sed precarium: pactionemque, Ne domus quam precario habes, ante Calendas Julias revocetur, esse nullius momenti, quasi appositam adversus precarii formam. quod si est: apparet, Celsum in hoc articulo non ea ivisse semita quam in superioribus sequuti sunt alii: nec oportere nos qui leges non ferimus, sed interpretamur, ubique a simili ad simile procedere; sed quid in quoquo negotio receptum sit, animadvertere. sunt enim sæpe Fori Disputatione uno in casu a Veteribus recepta, quæ non statim sunt porrecta ad alios utcumque similes: non quod æquitas prohiberet extensionem; sed quod usus Fori non admitteret. & tamen contigit quoque aliquando, nova superveniente auctoritate: ut tandem exciperentur etiam tales casus a quibus prior abstinerat verecundia. Occurrit ejus generis exemplum in *l. 34. D. Mandati*, juncta *l. 15. D. de rebus creditis*. Sit & hoc exemplum: quod oneris ferendi servitutem ædibus posse imponi, disputando negavit Aquilius Gallus: præfatus, pactionem domino injungentem servientis prædii refectionem, adversari naturæ servitutis: non consistentis in eo, ut dominus aliquid faciat; sed ut aliquid patiatur, aut non faciat *l. 15. §. 1. D. de servitutibus*. Adversus tamen hanc Galli Aquilii disputationem, utcumque subnixam natura servitutis, evaluit Servii sententia: ut possit quis defendere, sibi jus esse, cogere adversarium, reficere parietem ad onera sua sustinenda *l. 6. §. 2. D. Si servitus vindicetur*. Apparet igitur, receptam Servii auctoritate esse pactionem naturæ servitutis contrariam, sed (quod meditare observat Ulpianus *d. l. 6. §. 2*) non in omnibus servitutibus, verum in proposita specie. et si Paulus *l. 33. D. de servitutibus prædiorum urbanorum* Servii sententiam aestimat naturali æquitate, communi omnium servitutum, absque Juris auctoritate foret. Fuit & hæc natura servitutis prædiorum, prædii necessitate circumscribi. Inde, ut pomum decerpere liceat, ut spatari, ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest, inquit Paulus *l. 8. D. de servitutibus*. & tamen hoc jure utimur, ut imposita sustineatur. Id dignissimum observatu, quantum teneo memoria, non animadvertam ab aliis, curatissime tradidi *lib. 1. Probabilium c. 2. §. 3.*

Hæc: si quæ pactio palam & directo fiat contra negotii formam. Quid, si tacite ei adversetur? placuit, servari pactum; non quidem, ut mutet nego-

tium, sed ut inflectat & temperet. Exemplum est in his verbis *l. 24. D. depositi*. Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Stichio actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta, tibi notum facio: quæ quando voles, & ubi voles, confestim tibi numerabo. Quæritur, propter usurarum incrementum? Respondi depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare, quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua questione si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem, & depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur. Locus hic est admodum impeditus abrupta sermonis brevitate, propria Jurisconsultorum. forte est etiam mutilus in fine epistolæ L. Titii; & ita restituendus. quæ quando voles, & ubi voles, confestim tibi numerabo cum usuris. Nulla hodie in epistola mentio usurarum, intervenisse tamen pactum de præstandis usuris, ex questione epistolæ subjecta, & Papiniani disputatione conjicio. Species hæc est. Sempronius Lucio Titio absenti certa forma commendavit centum nummos per epistolam, aut per Stichum servum actorem, per quem eos numeravit. Lucius Titius Sempronio respondit per epistolam, ita convenit, uti Titius Sempronio, quando & ubi vellent, tantundem confestim redderet cum usuris. quæritur; an possint commendati nummi cum usurarum incremento peti actione depositi? movet hinc, quod contrahentes quod agunt, vocant commendatum: id est, depositum; quando commendare est deponere, auctore non modo Ulpiano *l. 186. D. de verborum significatione*, sed Papiniano quoque in *d. l. 24.* inde movet quod nominis proprietati resistit negotii forma. nam in deposito non traditur depositario res, ut ejus dominium ei adquiratur; multoque minus, ut ab eo mutetur aut consumatur: sed ut custodiatur; id est, ut deponenti idem quod dedit corpus in specie restituatur. igitur si actum sit, ut Sempronius ipsa quæ accepit, reddat nummorum corpora: erit depositum. quod si placuit, tantundem reddi, non servata depositi forma, non videtur depositum. contra res ad mutuum accedit, translato quantitatis dominio: ea lege, ut obligatio sequatur ad tantundem restituendum. quod si cui sedeat in præsentis specie: non tenet depositi actio; magis locum habet certi condictio ex causa mutui. in qua de usuris frustra quæritur: quia usuræ in stricti juris judiciis, quale est mutuum, non debentur, nisi ex stipulatu: si stipulatio intervenit. sed Papinianus, expensis intentiore cura singulis, non mutuum, sed depositum, esse existimat: duplici ratione. una est: quod hic fuit contrahentium animus, ut commendatum, id est, depositum esset. altera est: quod ne res quidem illam negotii formam recusat: quando nil interest deponentis pecuniam; utrum eadem, an similia recipiat nummorum corpora: pecunia functionem recipientem non in specie, sed in genere, ea igitur gratia patitur Papinianus, depositi actionem dari. sed utrum ad sortem tantum, an ad usuras quoque? & si mora in-

terve-

tervenit : putat Papinianus , etiam ad usuras dari. Atqui usuraeque sunt extra potestatem depositi , ac mutui ; obligatione numquam renascente ultra , quam datum sit *l. 17. D. de pactis* : ne pacto quidem de usuris interpolito : praeterquam subiecta stipulatione. Sed placet Papiniano, depositum circa usuras distinguere a mutuo : et si eos contractus hac in parte non separent Juris regulae. qui potest ? Est, inquit Papinianus, *constitutum in bonae fidei judiciis*, quale est depositi actio, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio. A quo tamen id sit constitutum, non addit Papinianus : sed demonstravi supra huius Operis c. xi. & xii, auctorem ejus Constitutionis esse D. Pium : cum ante eum in bonae fidei judiciis, uno excepto iudicio pro socio, non aliud circa usuras jus esset, quam in judiciis stricti juris. Sic post admissam a depositario moram : siue promissae sint usurae, siue non sint. sed finge, promissas esse ab initio ante moram. adhuc certum est, deberi : si de his sic specialiter stipulatione convenerit *l. 40. D. de rebus creditis*. sit igitur idem in pacto adjecto confestim depositum : cum constet, pacta judiciis bonae fidei in continenti adjecta, vel ad actionem inesse, quatenus paciscentis interest propter rem debitam : & jam Constitutionibus placuit, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, quantum valet stipulatio, tantum posse arbitri officium. At est contra bonam fidem, contraque depositi naturam, depositarium usuras sine mora debere ; & pro beneficio susceptae custodiae poenam solvere. Post introductas tamen usuras in bonae fidei judiciis, non est a ratione alienum, si in ingressu contractus convenit de usuris ante moram praestandis, pactum inesse actioni depositi ; ipsaque usuras aequae, ac sortem peti. Quod si est : putemus, pacta valere adversus formam contractus : si ei tacite & velut per consequentiam repugnent ; neque interim publica utilitate improbentur. hoc vero in proposito sit deposita pecunia : si agatur, ut depositarius tantumdem restituat, & usuras praestet. sane qui deposita pecunia, est tantumdem exacturus cum usuris, is concedit ejus & custodiam & consumptionem ; et si non directo, sed per consequentiam. igitur adhuc valebit hoc pactum jure depositi : quia principalis contrahentium finis est, ut custodiat pecunia *l. 24. l. 25. §. 1. & l. 26. D. depositi* : & quamvis deposito corpore, non finat depositi forma, id a depositario consumi aut mutari, quod habet functionem suam in specie ; tamen si quantitas deponatur hoc pacto, ut tantumdem reddatur, aliud obtinuit *l. 25. §. 1. & d. l. 26* : eo quod quantitas non suo corpore, sed sua quantitate aestimatur : nec interest deponentis, utrum deposita in specie reddatur quantitas, an alia ejusdem generis & qualitatis : quin hic videtur idem quod depositum est reddi, ubi tantumdem redditur. est porro haec depositi natura, ne depositae rei usum habeat depositarius. hoc igitur ubi est : cur usuras praestet temporis ante moram : nulla usurarum causa ? ceterum inventa specie in qua depositarius utatur quantitate deposita ; ea lege, ut tantumdem reddat : non fuerit iniquum, neque absurdum, post introductam usurarum utilitatem in bonae fidei judiciis, depositae quantitatibus usum deponenti usurarum praestatione, si id convenerit, ante moram reparari.

Sed de pactis quae sint contra negotii substantiam, naturam, ac formam internam, & ut ita loquar essentialem, facta palam vel tacite, dictum sa-

Nood Operum Tomus I.

tis. Sequuntur quae extra eam consistunt circa causas quas dicam externas : nam de his quoque ut deinceps agam, postulat Pomponius *l. 27. D. de regulis juris*, verbis supra ad hunc modum emendatis *Nec ex pratorio, nec ex ex solempni jure privatorum conventionione quidquam immutandum est. quamvis obligationum causa a pactione possint immutari & ipso jure & per pacti conventi exceptionem : quia actionum modus vel lege vel per Praetorem introductus privatorum pactionibus non informatur, nec si, cum inchoatur actio inter eos convenit*. Sensus est, Obligationum substantiam, (quam Pomponius vocat *actionum modum* : sicut & Paulus *l. 26. §. 1. D. depositi vel contra*) pro communi utilitate inventam civili aut praetorio jure, privatorum conventionione non mutari : ne tunc quidem, cum actio inchoatur, id est, ne in ingressu quidem contractus : quo tempore inchoatur, id est, nascitur obligatio & actio. nec enim, verbi gratia, ut emptio venditio sine mercede aut pretio contrahatur, permitti : emptionis forma & substantia ex pretio & mercede consistente. at non esse alienum a ratione Juris, obligationum causas, cum id velint paciscentes, adjectis pactionibus informati ipso jure, aut per pacti conventi exceptionem. Sic Pomponius, & *obligationum causas* non nominat internam earum formam aut substantiam, sed ceteras earum qualitates : quae etsi extra formam aut substantiam cadant ; tamen, ut Ulpianus ait *l. 11. §. 1. D. de actionibus empti*, singulis contractibus, si nihil convenit, naturaliter, (siue, ut idem Ulpianus loquitur *l. 31. §. 20. D. de Aedilitio Edicto*, ex more & consuetudine) insunt iudicii potestate. tales causas quatuor indicat Paulus *l. 44. D. de obligationibus & actionibus*, Obligationum, inquit, fere quatuor causa sunt, aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio. Ex eodem genere sunt quae idem Paulus *l. 5. D. de actionibus empti & venditi* vocat *reliqua quae per consequentias emptionis & venditionis sunt propria*. Papinianus *l. 72. D. de contrahenda emptione* ea dicit *adminicula emptionis*. Ulpianus *l. 7. §. 5. D. de pactis* esse ait *extra naturam contractus*. Tales igitur & similes praestationes, ut Pomponius censet, paciscentes, cum id velint, pro privato & familiari commodo, adjectis pactionibus informare recte possunt : quia ad obligationum formam aut substantiam, denique ad evitandam negotiorum confusionem, & adeo ad publicam utilitatem non pertinent principaliter. Et Pomponio accedit Paulus *l. 43. D. de pactis*, In emptionibus, inquit, scimus, quid praestare debitor (Jacobus Cujacius, Vir Doctissimus, legit, venditor) debeat, quidque e contrario emptor, quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debet. Similiter Ulpianus *l. 23. D. de regulis juris*, scribens de culpa in contractibus praestanda, Hec ita, inquit, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in singulis contractibus. nam hoc servabitur quod initio convenit : legem enim contractus dedit. Itaque commodum Ulpianus *l. 7. §. 15. D. de pactis*, Item, si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, pactionem valere : nec quasi contra juris formam factam non esse servandam :

Sed quid in unoquoque negotio ad formam spectet, diligenter considerandum est. non enim una omnibus forma est. adeo quod in superioribus exemplis pactum recipit, quia extra negotii formam habetur, in dote pactum respuit. est enim in ea Legibus finitum, quando & quem admodum dos restitui debeat ; ac, si aliter pactum sit & conventum, ad jus pertinet, nec ser-

R r

vatur

vatur *l. 12. §. 1. D. de pactis dotalibus*. fac, in pacto dotali conventum esse, ut ulteriore die dos restituatur : non valet pactum : quia est contra Leges, simul contra dotis utilitatem *l. 14. l. 15. l. 16. §. 1. 17. D. cod. tit.* nisi (quod Paulus in hujus Edicti expositione observat *l. 27. §. 3. D. de pactis* quæ est ex ejus *lib. 3. Ad Edictum*) mulier pacta sit, ut præsentem die dos reddatur, & deinde paciscatur, ut tempore ei legibus dato, dos reddatur : tum enim valet pactum ; quia (ut Paulus loquitur) tum incipiet dos redire ad jus suum : nec dicendum est, per pactum fieri deteriores dotis conditionem. quoties enim ad jus quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit, non fit deterior

dotis causa, sed formæ suæ redditur. Non minus huc spectat thema *l. 6. D. de pactis dotalibus* : cum enim sit ex libro Ulpiani *iv. Ad Edictum*, recte conjungitur cum *l. 7. D. de pactis* quæ est ex eodem libro & ad expositionem Edicti de pactis conventis refertur. id thema rata est. Vir in constituenda dote pactus est, ut dolum solummodo in dotem præstet. an valeat, quaeritur ? & negat Ulpianus. quæ causa ? ait, propter utilitatem nubentium : id est, quia est adversus naturam dotis quæ tota respicit ad nubentium utilitatem *l. 2. D. de jure dotium*, & ideo mariti culpam, ne interveniente quidem hoc pacto excusat,

C A P U T XX.

Pacisci posse omnes qui possunt consentire : nisi si regulis Juris excipiantur. inde quæri de pupillo, item minore viginti quinque annis, & prodigo.

Nunc tractemus de personis paciscentium. postquam enim ostendi, pacta conventa contra Juris Civilis regulas rata non haberi : non fuerit extra propositam materiam, deinceps exponere, quibus liceat pacisci regulis juris ; quibus non liceat. sic enim intelligemus, quorum pacta a Prætoribus servantur. Pacisci autem licet omnibus qui consentire possunt : nisi si specialiter excipiuntur : quales sunt quibus interdicitur administratione bonorum.

Et est exemplum in pupillo : in quo Gajus *l. 28. D. de pactis* distinguit : utrum pactus sit cum tutoris auctoritate, an sine ea ; & rursus ; utrum, ne petat ; an ne ab eo petatur : hoc casu ait, valere pactum ; illo negat : quia alterum est contra regulas juris ; alterum non est. Atqui Prætor sequitur naturalem æquitatem : quæ vel pupillum tenet. potest enim pupillus consentire naturali jure, quid porro pactum præter consensum ? videtur igitur hoc Edicto servari pupilli pactum : sine discrimine : utrum paciscatur, Ne petat ; an, Ne ab eo petatur. nam & naturaliter obligatur stipulatione ; etsi non fiat locupletior. Sed primum Prætor cum æquitati servit, non servit meræ æquitati, sed præceptis civilibus attemperatæ. nec tueretur pacta : nisi ea quæ non sunt adversus regulas juris. hæc vero sinunt, pupillum suam conditionem facere meliorem sine tutoris auctoritate : deteriores facere, non sinunt. ita si pacto sibi prosit pupillus ; servatur pactum sine tutore factum. non æque, si noceat sibi pacto sine tutoris auctoritate facto. & recte, postquam enim est visum naturæ consequens, ut qui se tueri nequit, a tutore regatur : quod per se agit, ubi opus est tutore, id non agit jam naturæ convenienter. quin, si eum sibi permittamus ; etiam efficimus, ut tutela sub qua positus est, supervacua videatur. At enim pupillus naturaliter obligatur. Nisi si ipsum spectes. tum enim ejus obligatio Civili jure sine effectu relinquitur ; eoque non intelligitur ipse obligari, ne naturaliter quidem *l. 59. D. de obligationibus & actionibus* : ablata ei facultate se obligandi *l. 43. D. cod. tit.* ac si solvat quod naturaliter debet, repetitioni locum facit personæ ratio *l. 29. & l. 41. D. de conditione indebiti*. Sic in pupillo.

Major quæstio est de minore viginti quinque annis. Sed interest : utrum curatore careat mi-

nor, an eum habeat. Priore casu paciscendo obligatur regulis Juris : quibus non impeditur consentire, nondum prohibitus, sua bona suo arbitrio administrare. Hoc sensu Paulus *l. 43. D. de obligationibus*, Obligari, inquit, potest paterfamilias, suæ potestatis, pubes, compos mentis. Paulus ait, obligari eum qui sit paterfamilias, præterea pubes, etiam compos mentis, amplius suæ potestatis. is vero est minor sine curatore constitutus. alioquin supervacua sunt verba, suæ potestatis : cum appellatione patrisfamilias non veniat alius, quam homo suæ potestatis *l. 195. §. 2. D. de verborum significatione*. Posteriore casu contra est : nulla voluntate ejus, qui ut sit paterfamilias, idemque pubes & compos mentis ; tamen obminorem ætatem est in curatione, eaque facultatem bona sua administrandi æque amisit, atque hac caret pupillus sub tutoris potestate constitutus *pr. Inst. de tutelis, & pr. Inst. de curatoribus*. Aliquis dicat : tutor differt a curatore : alter enim personæ, alter bonis præficitur. libera igitur est minoris persona : pupilli non est. sic Poppæa, apud Tacitum *lib. 14. Annal. c. 1.* crebris criminationibus, aliquando per facetias inculcat principem, & pupillum vocat : qui jussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam indigeret. Si tamen non ad merum jus personæ minoris, (ad quod jus nostra hæc non pertinet disputatio) sed ad bonorum ejus administrationem, in cujus parte sunt pactiones obligationesque *pr. Inst. de obligationibus*, advertatur : puto, post Constitutionem D. Marci jubentis, curatores dari omnibus minoribus, etiam non redditis causis : (quod Capitolinus refert *in vita M. Antonii c. 10.*) magis erit, ut minor, accepto curatore, non ab similibus habeatur prodigo cui a Prætoribus, curatore dato, sit bonis interdictum. hunc Ulpianus ait in curatoris potestate esse *l. 1. D. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis* : etiam negat, eum promittendo stipulanti obligari *l. 6. D. de verborum obligationibus*. idem putemus in minore, cum ei curator datur. licet enim alteri volenti, alteri invito, utrique tamen bonorum administratio peræque adimitur. nec est quod deinceps quaeramus, an is minor etiam contrahendi, obligandique se facultatem amisisse videatur. nisi alio pertinet : quod si fundum vendidit minor habens

bens curatorem, & venditione latus sit, non servatur contractus, nec opus est Prætoria in integrum restitutione, quia est tutus ipso jure, at si sine curatore constitutus, talem contractum faciat: Jure Civili obligatus intelligitur: & consilii fragilitate lapsus læsusque; demum in integrum restitutione Jure Prætorio adjuvatur. Clare sic Imp. Diocletianus & Maximianus l. 3. C. de in integrum restitutione minorum. Verba. Si curatorem habens minor quinque & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Prætoribus curatore dato, bonis interdictum est. † Si vero sine curatore constitutus, contractum fecisti: implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis. Eodem etiam alia via exit Paulus l. 21. D. de verborum significatione: quæ est ex libro ejus xi. Ad Edictum, quo eum Edictum de minoribus exposuisse liquet ex Inscriptione l. 10. l. 14. l. 23. & 26. D. de minoribus. verba Pauli. Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere. Paulus respicit ad ætatis veniam minori a Principe concedi solitam: auctore Ulpiano lib. xi. Ad Edictum l. 3. D. de minoribus. impetrata hac venia, minor pleraque administrat quasi paterfamilias: emit, vendit; & si læsus est, deinde a Prætoribus non restituitur in integrum: ne Principali auctoritate circumscriptus putetur qui cum eo contraxit l. 1. C. de his qui veniam ætatis. Igitur Paulus d. l. 21. occasione Edicti de minoribus disputans de effectu veniæ ætatis, ait, Principem, si minori bona, id est, jus bona sua administrandi restituit, indulgentiam ætatis venia: etiam concessisse ei obligationes; id est, jus se obligandi: quia bonorum appellatione etiam veniunt obligationes l. 3. D. de sententiam passis. atque hoc si est, ut est verissimum: apparet, minorem qui habet curatorem, nec a Principe impetravit ætatis veniam, Jure Civili non obligari sine curatoris consensu. alioquin stulte diceretur, a curatoribus suis liberatum indulgentiam Principis, eo quod bonorum administrationem recipit, etiam jus se obligandi recuperare. Habes formam Juris circa minorum pactiones obligationesque introductam post Constitutionem D. Marci. Adhuc, inquires, molestus est Modestinus l. 101. D. de verborum obligationibus. Puberes, inquires, sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. Nec eo inficias; si sic scripsit Modestinus. Sed visum V. CL. Georgio Conrado Crusio, amico meo, dum viveret, legere, Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligare. idemque ante incidisse Simoni a Leeuwen, Notis ad d. l. 101. me monuit Collega meus, Vir CL. D. Voet, ad tit. Pand. de verborum obligationibus. Ac, puto, addit huic conjecturæ pondus loci Inscriptio, Modestinus lib. 4. De præscriptionibus. indicat illa, a Modestino adferri præscriptionem a Juris regula post Constitutionem D. Marci recepta. ea regula fuit: quod minor, accepto curatore, aliis se sine ejus

consensu obligare non potest. nempe, ne deteriores faciat suam conditionem: quod nolebat D. Marcus. ceterum potest alios sibi etiam sine curatore obligare: facturus sic conditionem suam meliorem. quod ei veritate, D. Marco non fuit propositum. Non est quod quem offendat Modestini locutio, Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligare. pro obligare alios. Similiter Paulus l. 2 §. pen. D. de rebus creditis, In mutui, inquit, datione oportet dominum esse dantem, nec obeat, quod filiusfamilias & servus dantes peculiares nummos obligant. pro, obligant alios. Apud Gajum quoque in l. 9. D. de auctoritate & consensu tutorum & curatorum sic legitur. Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando & per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest. id est, credendo alios obligare sibi non potest. Eodem modo Ulpianus in l. 14. D. de obligationibus & actionibus, Servi, inquit, ex delictis quidem obligantur, & si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter & obligantur & obligant. Accedat, inquit aliquis, ad probabile Modestini emendatio. at non est necessaria: si perinde accipiat Modestinus; ac si velit, esse casum, ubi minores possint ex stipulatu obligari? finge, a minore contrahi sponsalia aut nuptias. quis nescit, curatoris officium rerum administratione circumscribi: ad minoris autem personam non porrigi? non igitur pertinet ad curatorem, utrum sponsalia aut nuptias contrahat minor, an non l. 20. D. de ritu nuptiarum, l. 8. C. de nuptiis: recteque scribit Modestinus, Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. Sed metuo: ne a Modestini mente absit ea collectio. ut enim concedam, minorum sponsalia nuptiasque excedere curatoris potestatem: an idcirco mihi persuadeam, Modestinum, cum de minorum obligatione ex stipulatu disputat, de eorum sponsalibus aut nuptiis cogitasse? & qui potuit, quæso; si spectamus ad Juris usum Modestini tempore; erat tum ea Veterum ratio: ut sive simplice, sive pænali stipulatione adstringerentur matrimonia aut futura aut contracta; nolent, a Prætoribus dari ex stipulatu actionem: interpretante repudiorum divortiorumque licentia quam tum matrimoniorum libertatem appellabant, non convenire honestati morum, pro servandis sponsalibus aut nuptiis dari actionem ex stipulatu l. 1. C. de sponsalibus, l. 2. C. de repudiis, l. 2. C. de inutilibus stipulationibus, l. 71. §. 1. D. de conditionibus & demonstrationibus, l. 134. D. de verborum obligationibus. Sed id dudum observavit

Franciscus Hotmanus De
sponsalibus c. 4.



CAPUT XXI.

Neminem Jure Civili posse sua pactione alteri nocere aut prodesse. Anjus sit debitoris heredibus, pacto suo nocere ejus creditoribus? Num quorundam creditorum pactum cum communi debitore factum, noceat aliis qui non consenserint? De pacto majoris partis creditorum facto cum debitoris herede suspectam habente ejus hereditatem.

NE prætereunda quidem silentio est sequens regula : *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Exstat illa in l. 73. §. 4. D. de regulis juris ex Quinti Mucii Scævola libro singulari *de pactis* : & est certa in stipulatione. at de pacto ambigas. est enim auctor Paulus, l. 27. §. 2. D. de pactis, in stipulationibus jus contineri ; in pactis factum verlari : id est, ut quidem mihi videtur, stipulationem esse Juris Civilis ; pactum Juris Naturalis. Modestinus vero l. 53. D. de acquirendo rerum dominio quæ est ex libro 14. Ad Quintum Mucium, *Ea*, inquit, *quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus ; veluti stipulationem : quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere, adquirimus.* Sed jam observavi supra c. viii, quæ Juris Civilis sunt, aliquando Jure Naturali regi : & quæ Juris Gentium sunt Jus Civile imitari. tantum valet utilitas ! pactum igitur etsi Juris Gentium sit, hanc debet Juri Civili formam, ne quis possit alteri cavere : id est, alteri consulere, vel alteri providere l. 33. D. de pactis, & l. 3. D. de transactionibus. id vero si est : putemus, multo minus alteri nocere.

Sit exemplum ex l. 25. C. de pactis. Titius varios habet creditores. is Titius moritur, relictis pluribus heredibus. hi, diviso inter eos ipso jure defuncti are alieno pro portionibus hereditariis ex lege Duodecim Tabularum, inter se paciscuntur : ut unus huic, alius alii creditori in solidum respondeat. quæritur ; an ea pactione noceat creditoribus : malentibus, singulos pro portione hereditaria convenire ? Sed non placet, nocere. non enim patitur Edicti æquitas, creditorum petitionem debitorum pactionibus aut tolli aut mutari. recteque ait Gajus l. 3. D. Familia eriscunda, liberam manere creditoribus potestatem cum singulis experiundi.

Similis quæstio est, an pactum quorundam creditorum cum communi debitore factum, noceat aliis ei non consentientibus ? Et si solvendo debitor sit : palam est, non nocere his qui non consenserint. sed finge, non esse solvendo debitorem ; & interim creditorum partem consentire remissioni aliquantæ portionis debiti. quid dicemus ? nimirum, eam pactionem obesse consentientibus ; cæteris non obstare : nulla differentia, utrum sit pactum conventum cum minore, an cum majore creditorum parte. numquam enim servat Prætor pacta conventa quæ regulis Juris rata non habentur.

Hoc : si de fortis remissione conveniatur nam si agatur de induciis quinquennalibus ; aliter dicendum est : non ex forma hujus Edicti ; sed ex Constitutione Imp. Justiniani : humanitati dantis in proposito : ut sinat, a Juris regulis recedi, ac minorem creditorum partem, quod sine magno suo damno facere possit, sequi majoris partis sententiam l. ult. C. Qui bonis cedere possunt.

Est & illa quæstio : an valeat pactum quod non ipse debitor, sed ejus heres suspectam habens hereditatem sibi ex testamento, aut ab intestato delatam, ante immixtionem aditionemve faciat cum creditoribus hereditariis in partem debiti. Non est dubium, quin valeat inter eos qui consenserint l. 7. §. 17. D. de pactis. sed quæstionis est : an præjudicet cæteris qui non consenserint ? Si ad Edictum respiciamus : non oberit cæteris : quia est adversus regulas Juris, quibus placet, privatorum pactis non lædi jus cæterorum. Sed subtilitati Edicti prælata est ratio adjuvandi heredem, conservandæ famæ defuncti gratia paratum, suspectam hereditatem adire : ea conditione, ut creditoribus dumtaxat partem præstet l. 23. D. Quæ in fraudem creditorum. hanc benignitatem etiam commendabat utilitas plurium creditorum : existimantium, sua interesse, aliquem esse heredem quem conveniant. præterea æquum putabatur : ne paucorum stultitia aut avaritia plurium commoda moraretur. Debetur tamen ea moderatio Principum Constitutionibus. meminit Ulpianus, l. 10. D. de pactis Rescripti D. Pii, etiam D. Marci, formæque ab eo novo huic juri datæ. quid autem velit ea forma, facile liquet ex l. 7. §. ult. D. eod. tit. ubi ait Ulpianus, hanc pactionem hodie, id est, hodie post D. Marci Constitutionem, ita demum obesse creditoribus : si omnes in unum convenerint, & communi declaraverint consensu, quota debiti parte velint contenti esse : vel Prætor, illis dissentientibus, decretum interposuerit ex voluntate majoris partis. quæ autem sit major pars, definit Papinianus l. 8. & Paulus l. 9. D. eod. tit. nec plura ad hanc partem desideres. Illud qui dissimulem ? quod sic loquitur Rescriptum D. Marci : quasi oporteat omnes convenire creditores. Sed finge, esse absentes : quid dicemus ? hos sequi præsentium exemplum. Aliquis putet, æquum esse, audiri omnes quos causa contingat : potuisse etiam absentium rationem, si adfuissent, cæteros trahere in aliam sententiam. proinde, ut non fuerit necesse, omnes, si convenissent, consentire : at oportuisse omnes convenire. Sed hanc sententiam prima facie non improbabilem, refellit Ulpianus d. l. 10. D. de pactis : Rescriptum, inquit, D. Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint ? num exemplum præsentium absentes sequi debeant ? Interrogationem, inquis, video : responsionem non video. Sed manifestæ interrogationi tacita inhæret responsio ; etsi non appareat palam : usitata loquendi forma alibi sæpius a me annotata. Vult igitur Ulpianus, omnes creditores convocari. sed negat, necessariam omnium præsentiam esse ne quorundam mora fiat, ut aliis depereat occasio servandi debiti.

Certum quidem hoc respectu eorum qui non sunt privilegiarii. sed quid, si tales sint ?
filiæ

filii D. Marcus. at Ulpianus *d. l. 10.* putat, etiam his, si non habeant hypothecas, presentium consensu praedictum fieri. movit eum praesertim Rescriptum D. Pii: jubentis, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, & ceteros privilegiarios sequi exemplum creditorum. Atqui vetustius est hoc Rescriptum forma D. Marci. Ulpiano tamen ad hanc retrahendum videtur: exemplo legum in quibus sic observari, Paulus & Tertullianus tradunt *l. 27. § 28. D. de legibus.*

Caute tamen in *d. l. 10.* accipienda est illa Ulpiani definitio. non enim ait, absentibus suum privilegium ea creditorum pactione auferri, id quoque non ita esse, intelligitur ex Paulo *l. 58. §. 1. D. Mandati.* tantum ait Ulpianus, ipsos sequi praesentium creditorum exemplum: id est, oportere esse debiti parte contentos. proinde si universi creditores nequeant debitam singulis eorum partem, post pactionem deinde ab herede consequi, ob ejus inopiam aut quem fatalem casum infecutum: adhuc placet, privilegiarios in debiti portione praeferrari reliquis creditoribus chirographariis. Hoc vero si est: apparet, eos privilegium quod habent inter personales creditores, eorum pactione non amittere: non magis: quam hypothecarii creditores ea pactione jus hypothecae amittunt. Atque hoc sensu Paulus *l. 58. §. 1. D. Mandati vel contra.* privilegium comparat cum hypotheca. inter quae alioquin haec notabilis est differentia: quod creditoribus hypothecariis ne in debiti quidem portione ceterorum conventionione praedictatur: privilegiariis vero, etsi in privilegio non noceatur; tamen in debiti portione nocetur. utrumque recte: quippe, cum hypothecarii pro vindicanda hypotheca habeant specialem in rem actionem: contra privilegiarii non habent aliam, quam unam in personam defuncti debitoris. Satis diximus de debitoris herede.

Supereft, ut de fidejussore aut mandatore disputemus. Sit thema ex Paulo *l. 58. §. 1. D. Mandati vel contra.* Lucius Titius uni ex multis creditoribus, verbi gratia, Sempronio, dedit mandatorum vel fidejussorem, deinde mortuo Lucio Titio, & consentiente majore creditorum parte a Praetore decretum est, ut creditores ab herede ferant certam debiti portionem. Quæritur, si mandator aut fidejussor a Sempronio creditore conveniatur ante defuncti heredem, id est, ante principalem reum; (quod potuit facere Jure Pandectarum & Codicis, nondum invento a Justiniano ordinis beneficio *l. 3. C. de fidejussoribus*) an mandator seu fidejussor in solidum conventus, adversus creditorem eandem habeat exceptionem quam habet heres debitoris? Ait Paulus, si creditor praesens apud Praetorem ipse quoque consensit, pactum videri iusta ex causa: itaque rationis esse, ut quae heredi datur exceptio, ea sit & fidejussori & mandatori danda. Sed quid, si abfuerit creditor? putat Paulus, adhuc nocere ei pactionem majoris partis creditorum: si malit, defuncti heredem, quam fidejussorem, aut mandatorem, in solidum convenire. nimirum, quia absens debet sequi exemplum majoris partis creditorum: maxime si confirmata

Praetoris decreto sit eorum pactione. Sed quid, si hic creditor non eligat debitoris heredem, sed fidejussorem aut mandatorem, quod facere potuit Jure Pandectarum? dicemusne, dandam ei pacti exceptionem? Sed non putat Paulus, fidejussori dandam; etsi heredi detur. primum, quia habet creditor actionem non modo adversus defuncti debitoris heredem: sed etiam adversus fidejussorem; atque is solvendo est, quamquam solvendo non sit principalis debitor: iniquum porro foret, creditori aliena pactione auferri electionem conveniendi vel hunc, vel illum: perinde ac si quis velit, aliena pactione alterius pignus aut privilegium tolli. Id adhuc clarius fore, putat Paulus *d. §. 1. l. 58:* cogitantibus, potuisse creditorem, si praesens fuisset, id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris: id est, potuisse protestari. hoc enim significat ea vox, *proclamare*, ut in illo Taciti *lib. 13. Annal. c. 13.* Sed Agrippina non his instrui cultus suos, sed ceteris arceri proclamat. Et apud Quintilianum, *Declam. 7. pag. mihi 96.* Ita non erat contra proclamationis fidem, si nunc agere possem quietum modestumque miserum. Si, inquam, praesens fuisset creditor; potuisset protestari, siue palam clamare, se non desiderare Praetoris decretum, quin malle, servato suo Jure adversus fidejussorem, seu mandatorem, ultro concedere heredi personali pacto, non petiturum se ab ejus persona solidam debiti quantitatem. Hoc primum Pauli in *d. l. 58. §. 1.* argumentum: eique mox accedit alterum in his verbis. *Nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est.* Sensus est: quod D. Marcus quidem voluit, heredi consulere, ut habeat quo invitetur ad adeundam hereditatem: sed non aequè voluit, ejus fidejussori aut mandatori prodesse: eo quod hujus commodum aut incommodum ad rem praesentem nihil confert. At enim fidejussor, si solidum pro herede solvit, id ab herede recipit mandati iudicio. Et ita est, praeterquam in hac specie: in qua ut solidum creditori solverit, nil recipit praeter partem creditori dandam ex decreto Praetoris: propterea quod & ipse est creditor debitoris respectu; & mandati agens, tenetur sequi exemplum aliorum creditorum. ita si exceptio heredi competens, communicaretur cum fidejussore: magis (ut Paulus animadvertit *d. l. 58. §. 1.*) ipse adjuvaretur fidejussor, quam defuncti heres: cum oporteat hunc aequè adversus illum, atque adversus reliquos creditores pacti exceptione defendi. Plane in fine *d. §. 1. l. 58.* ait Paulus, esse casum, in quo etiam absenti creditori denegetur in solidum actio adversus mandatorem aut fidejussorem. is casus est: si creditor reversus, consenserit pacto majoris partis creditorum facto ex decreto Praetoris: vel si ab herede acceperit partem de qua convenit. & recte. quid enim refert: utrum pacto ab initio consenserit, an id postea habuerit ratum: item, utrum palam consenserit ver-

bis, an tacite rebus
& factis?

CAPUT XXII.

Scævola in l. 14. D. de transactionibus non servasse gloriam integritatis.

AGe, examinemus nunc veterem & celebrem difficultatem *l. 14. D. de transactionibus*: quam Florentiæ ita exhibet Franciscus Taurellius. *Controversia inter legitimum & scriptum heredem orta est: eaque transactione facta certa lege finita est: quæro, creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent: (qui transactionem fecissent) si alii creditores essent: propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.* Desunt pauca perfecto sensui: quæ in vetusto libro manuscripto quem in *Adnotatis* allegat Taurellius, ejus opinione, sic rectius supplentur. *qui transactionem fecissent: id observandum de ære alieno quod inter eos convenisset. si alii. &c.* eoque modo legisse videntur Græci, *Basilic. lib. xi. tit. 2. pag. 777. tom. 1.* prætereo Accursium, Haloandrum, & Vintimillium. Ipse nihil improbo. vix tamen dubito, quin Florentina lectio sit a manu Scævola, etiam alibi utentis locutionibus obscuris aut imperfectis. Ne exemplum deesset, apposui sequentia verba ex *l. 29. §. 12. D. de liberis & posthumis. Et rogo: si filium habeas & nepotem nondum natum tantum ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est non rumpi testamentum.* Scævola ait, se rogare. at quid? non liquet ex interrogatione. tantum ex responsione intelligitur, eum rogare, an rumpatur testamentum. Exemplum hoc dedi à Scævola superiori simile. liceret plura petere ab aliis. sed prævenit diligentiam meam Gulielmus Budæus, *Annot. ad Pandect. pag. 76, & seq.* & post eum Franciscus Duarenus *lib. 1. Disput. Annov. c. 50*: in suis observantes Anantapodotum, schema; si schema habendum quod in sermone sit excusandum magis, quam laudandum, certe non facile imitandum: optima oratione perfecta & maxime perspicua. Quintilianum audi *lib. 8. Inst. orat. c. 2. p. 578. Nobis prima sit virtus perspicuitas, propria verba, rectus ordo, non in longum dilata conclusio: nihil neque desit, neque superfluat. ita sermo & doctis probabilis, & planus imperitus erit.* Verum hæc utcumque accipiantur, non verterim manum: hærent enim circa verba *d. l. 14. ad rem non pertinent.*

Illud quæri dignum: an eo in loco Scævola servavit gloriam integræ veritatis? non putavi olim juvenis. quin ausus fui, (quæ erat mea fiducia) contra Scævola stare *Probabilium lib. 2. c. 2.* nunc flexa ætate, alia quis expectet. at ego causam mutantæ sententiæ nondum inveni vel probabilem: quamquam sæpe & multum quæsi aliquam. igitur pergo opinari, dedisse Scævola in *d. l. 14.* amicitia aut gratia: ut a Juris regulis se moveret longius, quam oporteret. species sane de qua consultitur, non est difficilis, nec obscura: licet ipse præ se ferat aliter: & eam multifariam implicent doctissimi Interpretes. species proponitur talis. Controversia inter legitimum & scriptum heredem orta est: eaque transactione facta est finita: hac lege, ut heres scriptus, retenta parte certa hereditatis, reliquam partem concedat legitimo. urgent deinde defuncti creditores solutio-

nem æris alieni. quæritur, quem debeant convenire, heredem scriptum, an legitimum. Hæc species, hæc quæstio: utraque brevis & simplex; neutra involuta aut distorta ambagibus. quid Scævola? sic respondet: Aut sunt iidem creditores qui fecerunt transactionem, aut sunt alii. si iidem sunt: oportet eos observare quod de ære alieno inter se pepigerunt. si alii sunt: rationis est, utrumque heredem pro parte hereditatis quam in transactione expresserit, convenire. nec deest Scævola causa aut potius color. ea causa atque is color fuit incertum successionis. eo prætextu decurrit ad actiones utiles quasi ex æquo & bono. Perperam. meo iudicio, solus heres est, testamento scriptus. isque defuncti creditoribus in solidum tenetur directis actionibus. Non arceffam documenta: re loquente, scriptum jam ex testamento fuisse heredem aditione factum, ante ortam inter eum & legitimum controversiam: eaque sequuta & transacta, heredem esse non desisse. Siccine? licet dissentire: invito nihil extorqueo. tantum peto: si cui non videatur heres scriptus in *d. l. 14.* hereditatem adiisse, priusquam illi mota a legitimo fuit controversia: mihi exponat; cur putetur, id fecisse in *l. 3. D. eod. tit.* ut ut eadem sit utriusque species: verba considerantibus. Omitto *l. 3.* examinemus *l. 14.* Ullumne vel in ea indicium ortæ controversiæ ante hereditatem a scripto herede aditam? non video, ne minimum quidem. tu si habes: ostende. si cares: noli fingere quod in facto non posuit Consultor; nec in Responso notavit Scævola. alioquin vis persuasum quod docere non potes. Præter hæc dic: (scire enim cupio) quo pacto potuerit inter heredem scriptum & legitimum oriri controversia ante aditam hereditatem. Non eo inficias, potuisse illi ab hoc injici metum futuræ controversiæ: facta comminatione de movenda post aditionem controversia. At primum quod est hujus comminationis ad quam res substitit, in *d. l. 14.* vestigium? nullum. Deinde quæ timere potest controversia, ea non est orta controversia qua de loquitur Scævola: tantum est suspicio orituræ, id est, futuræ seu movendæ controversiæ; cum orta controversia sit mota controversia in Vetere Lapide quem posui *lib. 3. D. fœnore & usuris cap. 10.* Ulpianus *l. 6. §. ult. D. de inofficioso testamento* dicit cœptam controversiam vel præparatam; & hanc discernit a movenda inofficiosi querela. Eodem modo Paulus in *l. 4. D. Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit* illatam litis controversiam distinguit a minis. *Iniquum*, inquit, erat, omnimodo caveri, nondum illata controversia litis, cum possint ei lusoria mina fieri. Imp. quoque Antoninus *l. 2. C. de transactionibus* litis timorem separat a quæstione hereditatis. Antonini verba sunt. *Et si nulla fuisset quæstio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita.* Jam Cicero, *Pro Quintio*, Appellat, inquit, ultro Nevium, ut quoniam suspicaretur aliqua de re fore controversiam; videret, ut quam primum & quam minima cum molestia tota res transigeretur. Alia igitur est orta, alia oritura controversia. orta est præsens; ut *Orta fulguris* interpre-

interpretatio, apud Tacitum *lib. 14. Annal. c. 22*, est praesens. De utraque controversia, peraeque licita transactio est. apud Scævola tamen *d. l. 14.* non provocavit eam orituræ metus controversiæ: sed, ut ipse ait, orta controversia. ceterum quo modo fuerit inter heredem scriptum & legitimum orta ante aditam hereditatem, id est, ante natam legitimo contra scriptum actionem, non conjiicio. lubet facere periculum. sit querela inofficiosi testamenti. umquamne nascitur ante aditam hereditatem? nullo modo. auctor Ulpianus *l. 8. §. 10. D. de inofficioso testamento*. quid, si vertatur hereditatis petitio ex alia causa, quam de inofficioso? nempe datur ei qui suam esse hereditatem contendit *l. 1. pr. §. 1. D. Si pars hereditatis petatur*, atque adversus eum qui totam, vel ejus partem, vel ex ea jus, vel rem aliquam possidet pro herede vel pro possessore *l. 8. l. 9. l. 10. D. de hereditatis petitione*. In utraque igitur specie res huc redit: ut cum Scævola, *Controversia*, inquit, *inter legitimum & scriptum heredem orta est*: nulla sit mora, ne heres scriptus hereditatem adierit ante ortam inter eum & legitimum controversiam: siquidem nulla inter eos de hereditate ante oriri potuit controversia: nulla inter eos ante nata actio.

At si scriptus jam ex testamento heres fuit ante ortam inter eum & legitimum controversiam: quis deinde legitimo relinquitur locus? certo, quamdiu est heres ex testamento, tamdiu legitimum non admitti *l. 89. D. de regulis juris*: quando jus nostrum non patitur, eundem in paganis & testatum & intestatum decedere *l. 7. D. de regulis juris*, ne instituta quidem querela, nisi sequatur sententia *l. 24. D. de inofficioso testamento*: quo casu testamenti factionem habuisse defunctus non creditur *l. 17. §. 1. D. eod. tit.* Non minus verum est, quod semel heres factus, eam personam non deponit *l. 88. D. de heredibus instituendis*, non dicam amissis translativæ bonis hereditariis: sed ne cessione quidem hereditatis in jure solemniter facta apud Prætores. ut enim hanc cedat maxime: utique manet heres, nec a defuncti creditoribus liberatur. quod si est: (ut est verissimum fide Ulpiani in *Fragn. tit. 19*) cur laborat Scævola in *d. l. 14*? putat, hereditatem aditam ab herede scripto, ejus pactione transire ad legitimum vel in totum, vel pro parte? nimirum vult, quod civile ac solemne Jus non mutat, cessione in jure facta apud Prætores, id pacto sine cessione fieri. at ridiculum est: hereditas enim non defertur pacto, sed publico jure, id est, testamento aut lege *§. ult. Inst. Per quas personas cuique acquiritur*: nec magis pacto mutatur jus successionis; cum privatorum cautio legum auctoritate non censeatur *l. ult. D. de suis & legitimis heredibus*. Atque hæc quo magis cogito, eo magis mihi persuadeo, Scævola non respondisse ex animi sui sententia: sed in gratiam amici, sub colore incertæ successionis, a jure certo abiisse. Mallem equidem benignius sentire; si liceret. at fas non est, salva Juris reverentia: sive ad heredem scriptum, sive ad legitimum specto. ille enim ex testamento heres factus ante ortam controversiam, nulla ex parte defuit transactione heres esse. hic non potuit hereditatem ex lege adire, impediente testamento; nec transactione succedere, deficiente Jure. qua igitur fronte eam in sententiam Scævola: sine necessitate fingentis incertum successionis: eoque prætextu am-

bigentis, quem & quibus actionibus convenire debeant creditores: nemine dubitante, quin heres succedat in omne jus defuncti *l. 37. D. de adquirenda hereditate*; ejusque creditoribus in solidum obligetur *l. 8. D. eod. tit.* Sunt hæc procul dubio certa: si ponamus, ut oportet, hereditatem esse a scripto aditam ante ortam inter eum & legitimum controversiam. Nec aliud jus est: si quis neget, scriptum fuisse heredem ante ortam controversiam: dum mihi concedat, eum heredem esse transactione cœpisse, si non ex asse, saltem ex parte. quantum enim liquet ex verbis *d. l. 14*, quibus continetur factum de quo consultus Scævola est: non fuit ea transactione actum, ut hereditatem repudiaret heres scriptus: sed ut hereditas qua de erat illi cum legitimo controversia, inter utrumque divideretur in certas partes. igitur non voluerunt transigentes, ut hic, aut ille, totam haberet hereditatem: sed ut uterque haberet ex ea partem certam. at si scriptus est heres factus, consentiente in partem legitimo: quo argumento videtur Scævola incerta defuncti successio? cum constet, quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimum non admitti: prohibente Civili Jure, aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere. Atqui in transactione expressum est, ut uterque haberet hereditatem pro certa parte. Sit ita ex mente transigentium, at ego non illorum voluntatem, verba, pactionem denique quæro; sed Juris formam, usum, ac potestatem. constitit autem, pacto non mutari jus successionis; nec privatorum cautionem legum auctoritate censeretur *l. ult. D. de suis & legitimis heredibus*. adeo quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione sit decisa, tamen testamentum in suo jure manere, Ulpianus scribit *l. 29. §. 2. D. de inofficioso testamento*. Non igitur efficit transactio; ut legitimus sit ex parte heres, etsi sinat scriptus: non etiam facit, ne scriptus sit ex asse heres, etsi ipse nolit. est enim certus auctor Ulpianus *l. 10. D. de adquirenda hereditate*, ex asse heredem, si destinaverit habere partem hereditatis, videri in assem pro herede gessisse. Paulus etiam ait, eum qui potest totam hereditatem acquirere, pro parte eam scindendo adire non posse *l. 1. D. eod. tit.* Sed finio. satis enim demonstratum est, in proposito unum haberi heredem scriptum: sive hereditatem adiit, orta controversia, & per transactionem finita, sive ante: ideoque eum defuncti creditoribus in solidum teneri directis actionibus: quidquid dicat Scævola de successionis incerto, deque dividendis inter utrumque actionibus utilibus; explorato, creditorum petitionem nec tolli debitorum pactionibus, nec mutari *l. 25. C. de pactis*. fuerit tamen hoc consequens sententiæ Scævola, divisus inter scriptum & legitimum actionibus. pone, legitimum esse inopem: pone, esse potentiorum scripto. illic inanis fiet actio ob inopiam adversarii, istic durior ob potentiam. age vero, ut par sit utriusque conditio: adhuc distringetur in plures adversarios is, qui ab uno jus suum consequatur & melius & facilius.

Sane sic esse, ipse Scævola confitetur: sed iudicio usus minus obnoxio in *l. 3. D. de transactionibus*, verbis sequentibus. *Imperatores Antoninus & Verus ita rescipserunt. Privatis pactionibus non dubium est non ladi jus ceterorum. quare transactione qua inter heredem & matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones sue ademptæ. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire de-*

bent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditariis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre. Sic Scævola: non respondens jam amico de jure consultenti; ut in *d. l. 14.* quæ est ex ejus libro secundo *Responsorum*: sed artem docens sincere & sine affectu: monstrante tam Inscriptione quæ præfert Scævola lib. 1. *Digestorum*: quam toto capite quod unius Rescripti recitatione finitur. species talis est. Testator, præterita matre in testamento, aliquem instituit heredem, idem testator quibusdam amicis dat legata, & servos aliquot manumittit. mortuo deinde testatore, heres adit hereditatem ex testamento, mater queritur, se a filio esse præteritam contra officium pietatis. heres scriptus cum ea decidit portione hereditatis. legatarii ab herede petunt legata sibi testamento relicta. Queritur, an jure? movet dubium: quod transactione hereditatis bona quædam venerunt ad matrem. Quid Scævola? adfert Rescriptum Imperatorum, Antonini & Veri: existimantium, legata debere a scripto herede exigere actione ex testamento, & recte: nam absque transactione foret: ea actione teneretur. nunc facta transactione, quid ni ea maneat obligatus? an enim idcirco quod mota est querela inofficiosi testamenti; eamque sustulit transactio: idcirco rescissum esse testamentum, censeri potest? negant Imperatores. verissime: nam tum demum creditur defunctus, ubi contra testamentum ut inofficiosum judicatur, non habuisse testamenti factionem. non idem est: cum actor sponte desistit a mota querela, aut de ea transigit, accepta parte. adjice his: quod privata conventio etsi noceat paciscentibus, alios tamen ut lædat, non putant justum esse Imperatores: ideoque ajunt, transactione quam heres fecerit cum defuncti matre, neque rescissum esse testamentum, neque ademptas manumissis vel legatariis esse actiones. At enim heres transactione amisit partem bonorum hereditariorum. Quid tum? nam alia est hereditas, alia sunt bona hereditaria: his singula designantur corpora; illa universitas venit etiam sine corporibus; ista in oculos incurrunt & sub tactum cadunt; illa animo cernitur, manu non tangitur *t. t. Inst. de rebus corporalibus*: postremo quæ heres ex hereditate habet, hæc ei facile & fortuna & injuria aufert: ipse etiam potest ea sua voluntate a se dimittere: contra hereditas etiam his traditis amissive, durat & heredem sequitur *l. 43. §. 3. D. de vulgari ac pupillari substitutione*. Optime igitur (si audimus Imperatores) heres scriptus, licet rebus hereditariis cum hereditatem, tum testamentum redemerit, quia retinet hereditatem ex testamento aditam, legatariis ac manumissis ex testamento tenetur. fac tamen, passum esse, in transactione sibi caveri pro oneribus hereditariis, adhuc putant Imperatores, convenire formæ Juris Civilis, ipsum legatariis ac manumissis teneri: conventumque adversus matrem cum qua de oneribus pactus sit, suo ordine experiri, exemplo emptæ venditæque hereditatis: de qua in *l. 2. C. de hereditate vel actione vendita*. quid, si non cavit sibi? habet, inquit Imperatores, quod sibi imputet: at non debet suam negligentiam ad alienam injuriam referre. Ita apud Scævola Imperatores *d. l. 3.* Nec aliter opinatur lib. 5. Opiniones Ulpianus *l. 29. §. 2. D. de inofficioso testamento*: Quamvis, inquit, instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet, & ideo data in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia per-

mittit, suam habent potestatem. Sic Ulpianus: & meæ convenienter sententiæ. Igitur quid est, cur audacior videor: quod auctoritate Juris, quod testimonio Ulpiani, ipsiusque Scævola victus, adhuc suspicor, Scævola in *d. l. 14.* successionem quæ erat certa, dixisse incertam: ut gratiæ locum daret, atque imaginaria facti ambiguitate juvaret amicum: quem absque eo colore esset, servare, salvo Jure, non posset? Nisi aliquis dicet, interesse pulcherrimæ Artis, ejus Auctores non accusari imprudentiæ tam indecoræ. At non intercedo, quo minus delectetur, cui lubeat, talibus ad populum phaleris. mea ratio est, verum quærere, & inventum monstrare Juris studiosis. Sed nec est semper omnium hominum eadem de honesto & turpi sententia. ita videatur sectæ hujus temporis hoc Scævola factum non esse hominis probi: non tamen id ab officio viri boni omnino alienum esse, existimavit vetustas. Sed hoc ex Theophrasti, Ciceronis, aliorumque præceptis olim observavit Aulus Gellius lib. 2. *Noct. Atticar. c. 3.* & ex illo ipse annotavi lib. 2. *Probabilium c. 2.*

Dixi quæ de Scævola sententia habui dicere. Nec ignoro, esse ab aliquot annis complures Doctos viros qui hac mea observatione, quasi classico excitati, diverso commenti genere decurrant ad Scævola defensionem. Sed non memini, ab his adduci quod Scævola absolvat: modo consistatur intra speciem de qua consultitur Scævola. aliam enim quæri, quam quæ in *d. l. 14.* proponitur, quid attinet? Nempe rogatus fuit Scævola de facti specie, de qua erat, ut ipse ait, controversia. ejus autem speciei fines Scævola in respondendo egredi non oportuit. Nisi quis putet, de Jure consultum officio suo satisfacere: si Consultori de facto alio, quam ei propositum fuit, respondeat. Sed hoc nimis absurdum. non enim sic Consultoris desiderium, quod debet, implet: sed quod non debet, eum ludibrio habet. utcumque: usum quem præbet tale responsum? Sit igitur ei qui auxilio esse Scævola cupiat, sola hæc examinanda species quæ est *d. l. 14. Controversia inter legitimum & scriptum heredem orta est: eaque transactione facta, certa lege finita est.* Hæc species: in eaque simpliciter accipiendus est legitimus heres qui sine testamento venit ex lege ab intestato: scriptus contra, qui testamento institutus est, id convenit rationi & mori propositi ad consulendum facti: in quo nihil obscure, nihil ambigue, nihil improprie dici oportet. Ex hac specie porro formanda quæstio: quæ ipsa quoque verbis *d. l. 14.* continetur: ea quæstio est, Creditores quem convenire possunt? sensus quæstionis, uter a defuncti creditoribus conveniri debet, legitimus, an scriptus; Sit igitur hæc species, hæc quæstio, atque hoc sensu tractanda. Quid Scævola? ut debet, continet se intra facti speciem: sed quod non debet, negligit Juris formam: non palam: sed adhibito colore plane imaginario. is color est incertum successionis: quod, ut dixi, nullum est in proposita specie. ait tamen Scævola, fieri ob incertum successionis: ut neque scriptus heres, neque legitimus debeat in solidum conveniri actionibus directis: (quæ Juris forma observanda foret; si ad certum accederet successio) sed ut uterque sit actionibus utilibus conveniendus pro parte hereditatis. Hoc vero responsum est mihi suspectum, rem ex vero æstimanti sine affectu. abhorret enim à forma Civilis Juris; ut docui: contenti-

ire vero cum ea, ostendit nemo: etsi alii alia attulerint ad Scavolæ speciem, aut ad Scavolæ verba, ejusque sensum minime pertinentia. igitur nemo

Scavolam, sicut oportet, defendit; neque, puto, defendet umquam: quia defendi non potest, salvo Jure.

CAPUT XXIII.

An & quando quis futuro heredi pacto suo possit prodesse aut nocere?

Sed apparet ex *d. l. 73. §. ult. D. de regulis juris*, Neminem paciscendo alteri cavere aut nocere posse. Nunc addenda est exceptio: nisi alter fictione Juris habetur idem paciscenti: quo ex genere est testator & heres, pater & filius in ejus potestate existens, item dominus & servus. De herede res certa, ei prodesse defuncti pactum: sive ei nominatim cavit *l. 33. D. de pactis*: sive eum non nominarit: cum utique post mortem suam ab eo repræsentetur *l. 9. D. de probationibus. l. 8. §. pen. D. de pignoratitia actione*. debet tamen ei cavisse tamquam heredi. nam si extraneo pactus sit: non valet pactum, etsi eum heredem instituit: quippe cum verum sit, quod ab initio vitiosum est, ex postfacto non convalescere *l. 17. §. 4. D. de pactis*. Sed nec illud omittendum est, quod defuncti pactum heredi tum prodest demum, si unus sit, aut cum plures sunt, defunctus omnibus caverit: cæterum si plures habet heredes, & uni nominatim cavit; non valet pactum, nisi si sit, Ne a Titio ejus herede petatur *d. l. 33. D. de pactis*, at si tale sit, ut Titio & ejus heredi Sejo dentur centum; non valet: nempe, ne quis alteri adquirat, qualis Titio Sejus ea in stipulatione est;

cum eum e Lege Duodecim Tabularum quæ omnes defuncti obligationes inter heredes dividit ipso jure, non repræsentet ultra portionem hereditariam. Hoc, si sit dandi obligatio. quod si in faciendi consistat; ut mihi & Titio heredi ire agere licere spondes; valet, & soli Titio prodest *l. 137. §. fin. D. de verborum obligationibus*: quia facta inter plures heredes Lege Duodecim Tabularum non dividuntur.

Sed quemadmodum defuncti pactum potest heredi prodesse; ita ei nocere nihil vetat *l. 52. §. 1. D. de pactis*: sive sit unus, sive sint plures: modo nil fiat contra Legem Duodecim Tabularum, defuncti æs alienum inter coheredes ipso jure dividendum. proinde valet pactio, Ne uni ex heredibus solvatur quod ei debebitur divisio defuncti ære alieno. tunc enim illi nocet pactum; neque divisio Legis Duodecim Tabularum læditur. cæterum, ut unus nihil solvat, alter solidum solvat, nulla pactio effici potest: cum Duodecim Tabulis repugnet; & heredem oneret, ubi defunctum

non repræsentat *l. 33. D. de pactis, jnn-*

sta l. 56. §. 1. D. de verborum obligationibus.

CAPUT XXIV.

De pacto patris & filii in potestate existentis. item de pacto servi qui sit in domini potestate.

Venio ad filium familias & patrem. nam & hi Jure Civili pro iisdem habentur. Lactantius *lib. 4. Divin. Instit. c. 29. Cum quis habet filium quem unice diligit; qui tamen sit in domo & manu patris, licet ei nomen domini potestatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus habetur*. Igitur paciscente filio, Ne a patre petatur; valet pactum, & acquirit patri exceptionem. nec refert, utrum paciscatur de eo quod cum ipso, an de eo quod cum patre, contractum est *l. 17. §. ult. l. 18. l. 19. D. de pactis*. Quid, si paciscatur filius, Ne a se petatur? jam si ipse conveniatur, (quod potest fieri *l. 39. D. de obligationibus & actionibus*) proderit ei pactum: nec minus patri, si de peculio, vel de in rem verso, vel quasi defensor filii, si hoc maluerit, conveniatur *l. 19. §. 1. l. 20. D. de pactis*. proderit quoque heredi patris, vivo filio. post mortem vero filii, nec patri proderit, nec heredi ejus: quia personale pactum est *l. 21. D. eod. tit.*

Quod de filio dixi, potest de servo dici: sive paciscatur de eo quod cum ipso, sive de eo quod cum domino contractum est: maxime si in rem pactus sit; vel ita, Ne a domino petatur. quod si paciscatur, Ne a se petatur; non valet pactum:

quia petere est, judicio petere: cum servo autem nulla actio est *l. 107. D. de regulis juris*, nullum judicium *l. 6. C. de judiciis*. si tamen in rem pactus sit; proderit domino & ejus heredi pacti exceptio. quod si in personam sit conceptum pactum; tunc superest domino non pacti, sed doli exceptio *d. l. 21. §. 1. D. de pactis*. illa subsidiaria exceptionis pacti *l. 10. §. 2. D. eod. tit.* nempe (quia doli exceptio non tam ex facto paciscentis nascitur, quam ex dolo volentis, sibi occasione Juris Civilis prodesse contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1. D. de doli mali & metus exceptione*) ea utuntur quidam qui pacti exceptione uti non possunt; suadente personarum obligationumve conjunctione *d. §. 2. l. 10.*

Possunt igitur filius & servus pacto suo patri vel domino prodesse, an & nocere? nullo modo. potest enim conditio nostra per eos melior fieri; deterior fieri non potest *l. 133. D. de regulis juris*. porro actio de qua paciscuntur, non est eorum, sed patris aut domini. si tamen de re peculiari cujus liberam habent administrationem, paciscantur, modo non donationis causa: nihil causæ est, cur non pacisci possint *l. 28. D. eod. tit.* cum ex patris vel domini voluntate pacisci intelligantur, imo videndum

dendum est in persona filii familias, ne aliquando, & si pactus sit, ne agat, valeat pactio *l. 30. D. eod. tit.* quia aliquando filius familias habet actionem, veluti injuriarum *l. 18. §. 1. D. de judiciis, l. 17. D. de rebus creditis, l. 13. §. 1. D. de obligationibus & actionibus.* sed cum pater quoque habeat actionem, propter injuriam filio factam; dubitari non oportet, quin pactio filii patri nocitura non sit *d. l. 30.* Sic in filio familias.

Quid, si pater vice versa caverit filio quem habet in potestate? & quidem si pactus ei sit quasi heredi: procul dubio proderit ei pactum. quod si pactus ei sit tamquam filio, non tamquam heredi: non placet Paulo, prodesse filio pactum, etsi patri heres existat *l. 17. §. 4. D. de pactis.* Atqui filii pactum prodest patri. Sed interest: quod liberi Jure Civili patri cujus in potestate sint, & jus & factum adquirunt: pater contra liberis tantum quod juris est, & patri adquiri potest, acquirit: scilicet, quia tum perinde habetur, ac si acquirit sibi; cum quod juris est, ne momento quidem in persona filii consistat, sed statim patri adquiratur. quod si pater factum conferat in personam filii; non competit patri actio, ut sibi facere liceat: quia non voluit pater se, sed voluit filium facere id cujus capax est: nec magis filio competit actio; quia si ejus foret, esset patris: quod pater noluit, inutile igitur est stipulatio *l. 130. D. de verborum obligationibus.* Sic in stipulatione. unde de pacto conjectura fieri potest, nam in pacto magis factum, quam jus versari, Paulus ait *l. 27. §. 2. D. de pactis.* finge: (ut explicem *l. 21. §. 2. D. eod. tit.*) pater filio suo pactus est: non prodest filio patris pactum ex sententia Pauli *d. l. 17. §. 3.* ut ante monui, patri tamen prodesse, ait Proculus *d. l. 21. §. 2.* an recte? nam si putat Proculus, pactum patris, Ne a filio petatur, prodesse patri, cum convenitur filii nomine: errat. an pater impetrans a creditore pactum, Ne a filio petatur, paciscitur, Ne a se petatur? nequaquam. qui igitur potest uti pacti exceptione, si a creditore ipse conveniatur? voluit enim creditor jus suum retinere integrum adversus patrem, etsi noluit integrum servare adversus filium. atqui

pater est idem filio. nempe in his quæ juris sunt: non in his quæ sunt facti. non enim natura est una patris & filii persona, sed juris fictione: quæ nulla est in re facti, ut est pactum ergo pactum à patre factum, Ne a filio petatur, neque patri prodest, quia non est sibi pactus; neque filio, quia non potest ei pacisci pater. sed nec patri, si filii nomine convenitur; quia quod ipsi inutile est, nec defensori competit. quid igitur voluit Proculus: Nos, inquit, his qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus, sed nobis id profuturum. si nomine eorum conveniamur? Possit quis metuere, ne erret Proculus. sed magis putat Paulus, obscuram esse ejus locutionem, & aliqua regendam interpretatione. Ea modestia uti aliquando Veteres, imprudentibus aliorum verbis. Exemplum *l. 19. §. 2. D. de receptis.* Eodem modo Paulus, Hoc, inquit, ita recte dicitur: si in paciscendo id actum sit: hoc est, si in rem pactus esse pater proponatur: verbi gratia, Ne teneatur filius *l. 40. D. eod. tit.* vel hoc modo, Ne petatur quod filius debet. tum enim patris pactum, etsi filio non prodest, tamen patri prodest; si conveniatur filii nomine. ceterum, id est, alioquin, si paciscar, Ne a filio petas, (sic ingeniose legit Cujacius: cum edatur, Ne a Titio, petas) deinde actionem adversus me nomine ejus instituas: non est danda pacti conventi exceptio. nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit. Subjicit præterea Paulus Julianum quoque scribere, Si pater pactus sit, Ne a se, neve a filio petatur: magis esse, ut pacti exceptio filio familias danda non sit. Recte. nam pater, quatenus paciscitur, Ne a se petatur, etsi addidit, neve a filio petatur, utique sibi pactus est: quod ei licet. quid ni igitur danda ei est ex sua pactioe pacti exceptio? quatenus vero paciscitur, Ne a filio quoque petatur; non est filio familias danda pacti exceptio: qui non est pactus sibi, qui sibi pacisci potest; sed ei pactus est ejus pater qui non potest ei pacisci. si tamen doli exceptione utatur filius: neque Julianus, neque Paulus resistit, quo minus ea utatur *d. l. 21. §. 2.* ut sæpe alibi, suadente personarum obligationumve conjunctione.

CAPUT XXV.

An personis conjunctis non existentibus in potestate paciscentis aut stipulantis, ejus pactioe aut stipulatione acquiritur exceptio pacti, aut actio ex stipulatu?

Satis de pacto patris & filii, in ejus potestate existentis. nam de patris & filii emancipati, item matris & filii, aut avi materni & nepotis pactis nil attineret quærere: (omnes enim sibi extranei sunt) nisi esset in his notabilis difficultas propter aliquot leges quibus persuadent sibi Interpretes doctissimi, effici patris, matris, & avi materni, affectione ac voto; ut per eos liberis quæratur pacti exceptio, atque etiam actio, non quidem directa, sed utilis. igitur non recusabo, de his pactis paulo diligentius disputare. Primum, si pater filium emancipat: fit filius patri suo extraneus *l. 55. §. 1. D. de ritu nuptiarum:* ita quia desinit esse idem patri suo, placet Ulpiano *l. 10. D. de transactionibus, De re filiorum quos in potestate non habuit, transigentem patrem mi-*

nime eis obesse. Non magis prodest filio emancipato patris stipulatio: si audimus Impp. Diocletianum & Maximianum *l. 26. C. de jure dotium,* cuidam Demostheni ita rescribentes. Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure quærere potuit (actionem). De filio emancipato loqui Imperatores, tam hæc indicant verba, pater communis, quam illa, tibi extraneo constituto: ut bene observavit Thalelæus, *Basilic. lib. 29. tit. 1. Tom. 4. pag. 654. lit. Z.* Sed lubet, propius considerare Rescripti speciem. Pater cum genero dotem daret pro sua filia; ab eo stipulatus est, eam reddi Demostheni filio suo emancipato ex hac stipulatione orta dubitatione: rogat Demosthenes Imperatores; utri quæ-

quæ sit ex stipulatu actio, patri, an sibi? primum negant Imperatores actionem patri; & præfatur, quod etsi stipulatus pater sit, tamen non est sibi stipulatus: noluit porro sibi adquirere qui non est sibi stipulatus. hoc primum Imperatores. deinde ajunt, nec Demostheni esse quæsitam actionem: & causantur, quod ut stipulatus ei sit pater, tamen is emancipatione erat jam patri suo factus extraneus: cui adquiri actionem ex stipulatu, Jure Civili prohibetur. Hoc sine subsistunt Imperatores: nec cogitant ulterius. Sed invitos longius trahunt Interpretes: rati, eos quidem Demostheni non dare actionem directam ex stricto jure; sed id non vetare, ne videantur ei adhuc actionem utilem ex æquitate permittere. Male. etsi memini, me tale quid aliquoties observare in Fragmentis Jurisconsultorum: quibus sit libido, disputare de regula Juris, omissa æquitate eam attemperante. at in Principum Rescriptis simile non memini. nec causa est, cur occurrat. an est Principis de jure consulti, attingere jus strictum, & negligere æquitatem ei contrariam, in primis usu receptam? at Imp. Constantinus l. 1. C. de legibus ait, solis licere Principibus, solosque oportere jus strictum æquitate, quam nova commendet utilitas, aut mutare, aut mollire. hoc vero facturos non fuisse, opinamur: si (quod vulgo jactatur) recepta jam tum fuisset utilis actio: nugæ. dicamus igitur, Imperatores in d. l. 26. negantes Demostheni actionem, & de utili non addentes verbum, ei nullam concedere, neque directam, neque utilem. nisi quis putet, eos satisfacere desiderio Consultoris, a quo rogati, an ei competat actio, id negent; ut ut sciant, ei competere utilem: nullo prorsus discrimine, utrum directam habeat, an utilem. Sed hoc nimis insulsum fuerit atque inconditum. Sic de pacto a patre facto emancipato filio.

Non alia est ratio matris: cum nunquam in ejus potestate sint ejus liberi, nec igitur umquam habeantur iidem illi. rem certam loquor; auctore Gordiano l. 4. C. de pactis conventis. verba Gordiani. *Pactum dotale quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, Ut, si in matrimonio decessisset, tibi & fratribus tuis dos restitueretur: si stipulatio ex persona vestra cum in potestate patris constituti non essetis, minus legitima intercessit, defuncta ea in matrimonio, actionem vobis querere non potuit.* (Sed) si obligatione verborum rite intercedente, dotis petitionem habere potuisti, maxime si adhuc vinculis potestatis patria non attigeris, petitionem exequi non prohiberis. Sic passim editur, attigeris. est tamen, ubi legitur, attingeris. sed accedo V. CL. Antonio Mureto lib. sing. *Observ. jur. c. 6.* reponenti, attineris, ob similem Taciti locutionem. non æque probo Rescripti speciem quam format Muretus. mea opinione verissimam effinxit Accursius: licet eam immodeste explodat Muretus. sed Accursium, ut me decuit, adversus Muretum pridem defendi lib. 2. *Observ. cap. 23*: ubi, si placeat, vide, interim rem dicam quæ nec Græcis sordet, *Basilic. lib. 29. tit. 5. pag. 695. & seq.* Proponitur Imperatori mulier marito datura dotem post contractum matrimonium, sicut potest, cum eo convenisse: ut, si in matrimonio decessisset, dos liberis suis restitueretur. mortua enim in matrimonio muliere, dos adventitia ad virum pertinet: ut nos docet Ulpianus in *Fragm. tit. 6.* id igitur ne fieret, pacta mulier fuit; ut, si in matrimonio decessisset, ea dos liberis suis restitueretur. deinde exitit conditio, muliere in matri-

monio mortua. Quæritur; an actio ex stipulatu liberis competat? Ait Imperator: si ipsi stipulati sint; alioquin negat: nec aliam ob causam; quam quod constaret, matrem sua stipulatione suis liberis nullam quærere actionem, id est, neque directam, neque utilem: cum in Rescripto ne vestigium quidem sit directæ, aut utilis actionis: & quod non dixerunt Imperatores, nec voluisse existimandi sunt.

Quod de patre & matre dixi, etiam jus est in liberis, vice versa paciscentibus matri, aut patri in cujus non sint potestate. Testis Paulus in his verbis l. 59. §. ult. D. *Ad Senatusconsultum Trebellianum.* *Ea qua dotem dabat, pacta erat cum marito, ut mortua se in matrimonio, dotis pars matri ejus redderetur? nec eo nomine stipulatio a matre interposita est: moriens deinde matrem & maritum suum heredem fecerat; & a matre petierat, ut hereditatem Titio restitueret: judex adductus de hereditate dividenda, partem dotis, quasi ex utili pacto, pro parte matri adjudicaverat. Quærebatur, an & ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit? (quam) non esse restituendam puto: quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit: nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit.* Proponitur Paulo mulier marito datura dotem, cum eo pacta esse; ut mortua se in matrimonio, pars dotis matri ejus redderetur. dos enim adventitia, qualis hæc est, ad virum pertinet, mortua in matrimonio muliere: ut modo monui. id ne sit, pacta mulier fuit, ut ipsa in matrimonio mortua, ejus matri pars dotis a marito redderetur. nec tamen a matre interposita est eo nomine stipulatio. deinde moriens mulier, matrem cum marito heredem instituit, & matrem rogat, ut hereditatem Titio restituat. Judex a Prætoris adductus in judicio familiæ eriscundæ, matri adjudicavit partem hereditatis institutione ei debitam: præterea partem dotis quasi ex utili pacto, id est, quasi valeret pactum: alteram igitur jure, alteram errore. Quæritur, quid mater debeat Titio restituere ex fideicommissio. non est lis de portione hereditatis: hanc enim mater ex institutione acceperat, & rogata erat tanquam heres restituere. solum cadit dubitatio circa partem dotis ei à Judice adjudicatam quasi ex utili pacto. negat vero Paulus, hanc venire in restitutionem ex causa fideicommissi: & hanc addit rationem: quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit, nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit. Duo significat Paulus: primum, in hereditatis restitutionem demum venire, quod fuit hereditatis: deinde, heredem non teneri, ex hereditate restituere præter id de quo rogatus est tanquam heres: (quod & traditum l. 18. §. 2. & l. 22. D. eod. tit.) in proposito autem mater portionem qua de quæritur, non ut heres accepit institutione; non etiam tanquam heres rogata est, eam restituere; ne accepit quidem eam ut hereditariam, aut occasione hereditatis: sed ut mater, atque ex pacto, nec sic jure, sed errore Judicis. ita non tenetur mater eam restituere ex causa fideicommissi: quia apparet, de ea rogatam non esse. Non igitur valet pactum a filia matri factum; neque ex eo matri actio competit, maxime directæ: imo nec utilis. Ait enim Paulus, errasse Judicem qui matri partem dotis quasi ex utili pacto adjudicavit. quomodo autem erravit; si ex hujusmodi pacto matri competiit utilis actio, potuisset enim mater utilem habens ex stipulatu actionem, a coherede petere dotis partem. nil impediret quoque Judicem, eam matri in divisione

sione hereditatis quasi præcipuam addicere ex filia pacto. Satis de actione. restat, ut de exceptione videamus: constat enim, ex pacto, etiam cum cessat actio, exceptionem dari. & de exceptione silet Paulus *d. l.* quia de ea non fuit interrogatus. sed si non valet pactum quo matri cavit filia: quæ ratione ex eo vel exceptio matri adquiri potest? at enim Papinianus *l. 26. §. 4. D. de pactis dotalibus* matri non denegat exceptionem: etsi nec actionem ei concedat simili in specie. Papiniani verba sunt. *Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, Ut, si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suæ dos solvatur. Pacto filia nulla matri queritur actio: si tamen heres puella matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem obstabit exceptio.* Species Papiniani. Mulier pro se marito promisit dotem, & pepigit: ut, si in matrimonio sine liberis moreretur, a marito cujus alioquin foret dos adventitia, ut supra dixi, matri suæ dos restitueretur. mortua deinde in matrimonio puella, sive muliere juvenula, sine liberis, & extraneo Titio, verbi gratia, heredi instituto: quæsitum est, an matri ex filia pacto competat actio aut exceptio. quod ad actionem attinet, negat Papinianus, matri ex filia pacto competere actionem, si velit repetere dotem traditam. hac, opinor, causa: quod mater ipsa dotem sibi reddi stipulata non est: filia autem non potest extraneæ, qualis ei mater est, paciscendo stipulando actionem adquirere. exceptionem tamen (ut dixi) ei non negat Papinianus. pone: Titius heres filia, dotem marito nondum traditam, matri solvit sua sponte: quum hanc invitum ei solvere non cogeretur. mox maritus dotem sibi promissam ab herede petit actione ex stipulatu. an potest? non resistit Juris subtilitas: sed (ut Papinianus ait) ei contra placita petenti obstabit exceptio. quod superioribus adversari videtur. sed non est ita; nam ea exceptio non est pacti conventi quam hoc Edicto promittit Prætor: (non enim valet hoc pactum) sed est exceptio doli mali quam supra dixi, esse subsidium exceptionis pacti: & videtur æque hac in specie atque alibi, Juri extorsisse æquitas: propter personarum conjunctionem; etsi ad exceptionem pacti, aut etiam actionem utilem adspirare non potuit.

Sed turbat Paulus *l. 45. D. Solutio matrimonio*. Videamus tamen, ne tractet thema admodum singulare, & ad consequentiam minime trahendum. Ut hoc demonstrem, adscribam Pauli verba: mox speciem appositurus. Pauli verba. *Gajus Sejus avus maternus Seja nepti quæ erat in patris potestate, certam pecunia quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit: & instrumento dotali hujusmodi pactum & stipulationem complexus est, Si inter Lucium Titium maritum & Sejam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seja uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur restituereturque. Quæro, cum Sejus avus maternus statim vita defunctus sit, & Seja postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo in cujus potestate est, an & cui actio ex hoc pacto ex stipulatione competat: (& utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti? Respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur. quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Sejam posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset: sed permittendum est nepti ex hac avita conventionione, ne commodo dotis de-*

fraudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est. Hæc Pauli verba, nunc speciem accipe: ea species est. Gajus Sejus avus maternus pro nepte in patris sui potestate existente, Lucio Titio ejus marito in dotem dedit certam pecuniæ quantitatem: adjecto pacto & stipulatione: ut divortio facto sine Seja culpa, omnis dos Seja, vel ejus avo Gajo Sejo restitueretur. mortuo statim Gajo Sejo, Seja sine sua culpa divortit, vivo patre suo in cujus erat potestate. quæritur, cui competat ex stipulatu actio: utrum heredi avi materni, an Seja? quod ad heredem attinet: expedita videtur ratio: eo quod heres defunctum stipulatorem, quatenus sibi stipulatus est, repræsentat post ejus mortem. sed circa Sejam cadit difficultas: cum metus sit; ne in ejus persona inutiliter concepta sit stipulatio: quando non potest avus maternus, ut maxime velit, nepti ex filia quæ ipsi extranea est, stipulari. quid, si ne voluit quidem ei stipulari? non enim dixit, Seja uxori, & Gajo Sejo avo materno; sed Seja uxori, aut Gajo Sejo avo materno. non igitur directo competit Seja ex stipulatu actio, sed heredi stipulatoris tantum potest Seja solvi quasi adjectæ solutionis gratia: perinde ac si avus sibi aut illi stipulatus esset. sic quidem Paulus: si sequamur Juris rigorem. at si æquitatem spectemus: *Permittendum est*, inquit, *nepti ex hac avita conventionione utilem actionem.* Pauli dura locutio est: non inusitata, & exemplum simile in hoc Varronis *lib. 8. De lingua Latina*, pag. 92. lin. 52. *Sic enim omneis repudiandum est arteis.* Item in illo Ulpiani *l. ult. §. 1. D. de Senatoribus*, *Senatores autem accipiendum est eos qui a Patriciis & Consulibus usque ad omnes illustres viros descendunt.* Annotavit alia quædam Sanctius, *Minerva lib. 3. cap. 8. pag. 485. & seqq. & in Animadversionibus ibidem, & ad lib. 1. cap. 15. pag. 139.* Collega meus V. Cl. Jacobus Perizonius. Ait igitur Paulus, permittendam nepti ex hac avita conventionione esse actionem utilem. & duplicem adfert causam, una est, favor matrimonii: prohibentis, ne commodo dotis defrauderetur mulier. altera ratio est, affectio personarum. hæc vero non efficit: ut avus maternus sua stipulatione possit nepti suæ actionem utilem adquirere. passim quidem id creditur: sed alio ducit illa ratio, & quidem eo: ut videatur avus hanc actionem nepti adquirere voluisse. sane absque illa personarum affectione esset: non adquisivisset actionem. erat enim stipulatus, dotem nepti vel sibi reddi restitui. quo in casu erat quidem illa adjecta solutionis gratia: sed nulla erat ei adquisita obligatio. id igitur ne credatur; ait Paulus, hanc esse avi mentem, ut non solutionis gratia sit adjecta neptis, sed videatur illi adquisita ex stipulatu obligatio. nam hoc convenire stipulatoris affectui. est igitur duplex Pauli inspectio: una de voluntate avi materni, altera de ejus jure. prior est, an avus maternus stipulatus dotem reddi nepti vel sibi, voluerit ea formula, nepti adquirere obligationem: an maluerit, neptem stipulationi adjicere solutionis gratia? hoc conveniebat rigori Juris; si nulla esset personarum conjunctio. nunc quia est avus maternus nepti ex filia sic stipulatus; suadet pietas & affectio ejus erga neptem justissima: ut eam non solutionis gratia stipulationi adjecisse, sed ei magis obligationem ex stipulatu adquisivisse existimetur. sit ita: voluerit hoc avus maternus. atqui potuit nepti ex filia, id est, extraneæ personæ

sonæ stipulari: hæc igitur est altera difficultas: sed putat Paulus, esse dandum favori matrimonii, qui favor maximus est: ut in proposito a Juris subtilitate recedatur; & quamquam nepti ex avi stipulatione nulla competat directa actio ex stipulatu; utilis tamen ei deneganda non sit: ne commododotis defraudetur mulier.

Est igitur hoc Pauli Responsum, ut ab initio dixi, subnixum ratione admodum singulari: ideoque non trahendum ad consequentiam. De eo dubito; an simili facto aptanda sint obscura Ulpiani verba quæ adscripsi ex l. 45. §. 2. D. de verborum obligationibus. Si ita quis stipulatus sit, Post mortem meam filia mea dari: vel ita, Post mortem filia mea mihi dari: utilis erit stipulatus. sed primo casu filia utilis actio competit, licet heres ei non existat. Latius patet Ulpiani sermo; sed nolim, eum infinite intelligi de omni re a patre in stipulationem deducta, nec magis de stipulatione a patre facta in honorem qualiumcumque liberorum. contra suadeam, eum coarctari intra dotem quam pater dans pro sua filia, ei restitui stipulatur. ea causa videretur non de filio loqui; sed de filia. Nulla tamen sit ab Ulpiano dotis mentio. Sed nil opus fuit: ubi non erat quaestioni, utrum de dote, an de re alia filia suæ stipulari possit pater: sed an pater possit stipulari, filia suæ dari post mortem suam, quo casu ei stipulari potest, & in dote placuisse, tum erat notum. Esse autem hoc Ulpiani consilium, præter superiora, etiam indicio est totius tenor capituli: explicantis formulam stipulationis facientis mentionem mortis. Sic conjicio: si vere, ut puto; erit optimus Ulpiani sensus, & superioribus satis conveniens: quod pater dotem dans pro filia, potest stipulari, eam filia suæ post mortem suam reddi; ex eaque tum filia competit utilis ex stipulatu actio: licet ea patri non existat heres.

Atque hæc obtinere vetere Jure quod fuit Pauli tempore, novo enim aliud placuit, hoc ut auctori mihi persuadere, inducor auctoritate Imp. Diocletiani & Maximiani l. 7. C. de pactis conveniendis cuidam Phileto ita rescribentium: Pater pro filia dotem datam genero: ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui: licet his actionem querere non potuit, tamen utilis eis ex æquitate accommodabitur actio. Species hæc est. Pater cum genero dotem dat pro filia; in traditione paciscitur, dotem restitui nepotibus ex filia: ea prius in matrimonio mortua, extitit conditio. Rogat Philetus Imperatores per Libellum: an nepotibus ex pactone avi materni quaesita intelligatur actio? Rescribunt Imperatores, aliud regula Juris placere, aliud æquitate, quantum enim ad regulam Juris attinet, non potuisse eis ab avo materno queri directam actionem: quia avo sunt extranei: sed nihilominus ex æquitate illis accommodari utilem. quæso, cur ita? nimirum, quia jam obtinuit, actionem alteri per alterum adquiri: quoties quis alicui tradit aliquid; & paciscitur, id restitui alteri. sic enim aliquid dat non simpliciter, sed ob causam: qua non impleta, acquirit sibi actionem directam jure stricto; utilem vero ex æquitate cui restitui voluit. Huc ferunt se iidem Imperatores l. pen. C. Ad exhibendum quæ est anni 293: cum d. l. 7. sit anni 294. verba autem d. l. pen. talia sunt. Si res tuas commodavit aut deposuit is cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. quod si pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei qui deposuit, successisti jure hereditario, depositi actione uti non prohiberis: si vero nec ci-

Nood Operum Tomus 1.

vili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intelligis nullam te ex ejus pacto, contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depositi actio. Titius res tuas deponens apud Sejum, pactus est; ut ex res tibi restituantur. quaeritur, an tibi ex ea pactone competat depositi actio? rescribunt Imperatores, tibi competere; si ei jure hereditario successisti: representans eum cujus erat ea actio. at si hereditas ad te non pertineat: nullam tibi ex pacto ejus cui extraneus es, actionem competere. sic ex stricto Jure: id est, ex regulis Juris. verum ex æquitate placuisse; ut licet directa depositi actio cesset ea in specie; utilis deneganda tibi non sit. Recessum igitur generaliter hoc in casu est a vetere Jure: nec tamen disputatione Jurisconsultorum, sed Principum Constitutionibus: ut jam anno 290. iidem restantur Imp. Diocletianus & Maximianus l. 3. C. de donationibus quæ sub modo, verbis sequentibus. Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus, id quod donatum est, alii restituatur: veteris juris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus conducticia actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigni juris interpretatione divi Principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint: actio qua sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competeat, tibi accommodabitur. Species sic confingenda est. Gajus aliquam rem donavit Titio intra quinquennium: post quinquennium eam donavit Semproniam. idcirco pactus est, eam rem Semproniam restitui post quinquennium. Titius rem donatam Semproniam, quamdiu vixit, non restituit; neque magis Marcellæ ejus sorori & heredi, post ejus mortem, quaerit igitur Marcella ab Imperatoribus: cui jus sit, rem Semproniam donatam a Titio petere ex lege donationis; ajunt Imperatores, Jus vetus differre a novo: vetere enim Jure donatori ejusque heredi adversus Titium competere conditionem ex stipulatu: si stipulatio intervenerit: alioquin conditionem sine causa, vel conditionem ob causam dati causa non secuta, vel præscriptis verbis. quid enim obstare, quo minus, elapso quinquennio, ipse a Titio repetat quod ei donavit non in perpetuum, sed duntaxat intra quinquennium. sic in donatore ejusque herede videri. aliud in Semproniam, ejusque herede jus esse. non enim inter Titium & Semproniam intervenisse tractatum qui inter donatorem & Titium intervenit, potuisse porro donatorem sibi cavere; alteri cavere non potuisse. hoc vetere Jure, at novo contra esse: nam etsi donatoris conventio non valeat hactenus; ut Marcellæ, tamquam heredi Semproniam, adversus Titium directa adquiratur actio; ubi tamen ea actio constitit in persona donatoris, placuisse Divis Principibus, benigna Juris interpretatione, actionem utilem, juxta ejus voluntatem, ab eo transferri in Semproniam, ejusque heredem. Sed apparet, peræque in omnibus superioribus casibus aliud vetere, aliud novo Jure obtinuisse. quia volebant Veteres, quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona sumant obligationis initium, inanem actum nostrum efficere l. 11. D. de obligationibus & actionibus. novæ autem interpretationis hæc videtur ratio, quod actio utilis alteri non directo, sed per consequentiam acquiritur. & ita est: qui dicit legem restituendi, is actionem primum

S s

sibi

sibi acquirit : deinde paciscitur , alteri restitui. igitur actionem non directo quærit ei cui vult restitui : sed actionem quæ prius in ipsius persona constituit jure & ordine , sua voluntate cum alio communicat quasi per quamdam translationem , ut dixi , ex benigna Principum interpretatione. fere quemadmodum fit in fideicommissio : quo heres rogatur , rem restituere alii , cui eam donatam velit testator. nam & hoc in casu ab herede in fideicommissarium prior transfertur actio , non directa , sed utilis. fuerit id curiosæ observationis ; ex qua intelligi poterit differentia *d. l. 7. C. de pactis conventis* & *l. 26. C. de jure dotium*. possit enim aliquis quærere : cur actio illa utilis qua de agimus , novo Jure locum habeat in specie *d. l. 7.* at in *d. l. 26.* locum non habeat : cum utraque sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani. nisi est hæc ratio : quod in *d. l. 7.* pater , cum pro filia daret dotem , pactus fuit , eam , mortua in matrimonio filia , restitui nepotibus ex filia : ubi vero pater dotem filia stipulatur , de dote actionem primum sibi acquirit : non modo si filiam habet in potestate : sed etiam cum non habet. nec magis refert , utrum sibi quoque palam caverit , an non *l. 2. D. Solutio matrimonio* , *l. 6. D. de jure dotium* : modo palam non sit alteri , verbi gratia , filio emancipato stipulatus. idem est , stipulante eo , dotem restitui liberis filia suæ : quia tum perinde habetur , ac si ipsi

filia stipulatus esset : eo quod matri acquisita dote , is futurus esset exitus , ea in matrimonio mortua , ut dos ad ejus liberos pertineret. ita fit , ut pater aut avus , sive filia , sive ejus liberis dotem stipuletur , ab initio æque habeat dotis actionem , ac si dotem sibi stipulatus esset , aut eam pro filia simpliciter dedisset , nulla pactioe aut stipulatione facta , quod si pater actionem primum sibi adquisivit , cum est pactus , dotem sibi , aut filia , ejusque liberis restitui : consequens est , ut ea pactioe utilis actio recte ad filiam ejusve liberos ex æquitate transferatur. Sic in *d. l. 7.* At in *d. l. 26.* non est ita : non enim est pater in ea dotem sibi aut filia stipulatus , sed emancipato filio , id est , extraneo : eoque ostendit , quod noluit eam sibi adquirere. adeo (quod egregie indicant Diocletianus & Maximianus *d. l. 26*) actio nec in ejus persona ab initio constituit , deficiente voluntate ; nec filio acquisita est , prohibente Jure. id vero eo magis mihi placet : quia hujusmodi quid etiam observatur *l. 6. C. Si quis alteri vel sibi*. At enim potest quis Jure novo in traditione pacisci , alteri restitui : ita ut ei utilis actio competat , suadente æquitate. Esto ; dum paciscens sibi prius adquirit actionem directam. at hic numquam actio consistit in persona patris ; & idcirco ne ad filium quidem ab eo transferri potest.

CAPUT XXVI.

De pactis administratorum , ut tutorum , curatorum , actorum municipii.

SEquitur , ut de pactis administratorum videamus. in quibus primum occurrit tutor : hujus vero pactum pupillo prodesse , lib. 3. Ad Edictum ait Paulus *l. 15. D. de pactis*. & est ratio : quod tutor , quantum ad providentiam pupillarem , domini loco habetur *l. 27. D. de administratione tutorum*. Idem dicam de curatore furiosi *l. 28. §. 1. D. de pactis* , & de actore municipii : nam & hi , quatenus postulat necessitas publici muneris , pro dominis sunt. hæc tamen fictio est : non enim sunt domini , etsi habentur pro dominis : & ideo non datur actio directa ex ipsorum pactioibus , sed utilis *l. 5. §. 9. D. de constituta pecunia* , *l. 4. D. Rem pupilli salvam fore*.

Ex eodem fonte est : quod si paciscantur , Ne petat pupillus , aut furiosus , aut municipium : non nocet eorum pactum pupillo , furioso , aut municipio *l. 28. §. 1. § l. 37. D. de pactis* : in primis , si sit de remittenda actione pupilli , prodigi , aut reipublicæ , *l. 22. C. eod. tit.* Paulus *l. 46. §. ult. D. de administratione tutorum* ait , si donent , aut deminuendi causa transigant. cæterum potest tutor (ut idem Paulus ait *l. 23. D. eod. tit.* quæ est desumpta ex lib. 3. Ad Edictum , & conjungenda cum *d. l. 15*) ad pupilli utilitatem & novare , & rem in judicium deducere. potest etiam transigere *l. 54. §. ult. § l. 56. §. 4. D. de furtis* : & jusjurandum deferre , deficientibus probationibus *l. 17. §. 2. § l. 35. D. de jurejurando* , atque , ut ex Paulo dictum , ad utilitatem pupilli : non contra. nam tutor in re pupilli habetur domini loco ; cum administrat tutelam , non cum pupillum spoliatur *l. 7. §. 3. D. Pro emptore*. Videamus tamen ; ne hic

obstat *l. 4. C. de pradiis & aliis rebus minorum* : cuius apposui verba. *Non solum per venditionem rustica pradia vel suburbana pupilli vel adolentes alienare prohibentur : sed neque transactionis ratione , neque permutatione , & multo magis donatione , vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a domino suo possunt. igitur & tu si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti , vindicare eum potes : (sed &) si quid ex eodem pacto consecutus es : id mutuo restituere debes.* Sed non obstat : loquitur enim lex de rustico prædio : quod tutor Oratione D. Severi quæ extat in *l. 1. pr. §. 1. § 2. D. de rebus eorum qui sub tutela* , prohibetur alienare sine decreto Prætoris. nec vero mirum est ; si de eo prædio ne transigere quidem possit sine decreto *d. l. 4.* at in *d. l. 54. §. ult. § d. l. 56. §. 4. D. de furtis* agitur de re furto ablata , id est , de re mobili , vel sese movente : (nam utriusque fit demum furtum : explosa sententia existimantium , etiam fundorum aut ædium , id est , rerum immobilium furtum fieri *l. 38. D. de usurpationibus & usucapionibus*) agitur , inquam in *d. §. ult. § d. §. 4.* de re mobili , vel sese movente : quam , excepto mancipio rustico , poterat tutor , permittente Oratione D. Severi , Jure Pandectarum sine decreto alienare : ut apparet ex *l. 22. C. de administratione tutorum*. quid ni igitur poterat quoque de ea transigere ?



CAPUT XXVII.

De pactis procuratorum. Eos procuratores videri duplices: velesse unius rei qui procuratores speciales appellantur; velesse universorum negotiorum, & hos dici generales procuratores: etiam dici habere liberam omnium negotiorum administrationem. quæ ratio ejus locutionis: & quid ea significetur? item, quæ sit utriusque procuratoris potestas?

Longe alia causa est procuratoris, non enim is publica auctoritate, sed privato domini mandato ejus negotia administrat, inde, si domino caveat, alteri cavere intelligitur: & ideo si pactus sit, ne a domino petatur, non datur domino pacti exceptio: quia non placuit, aliquem paciscendo alteri cavere: sed domino dabitur exceptio doli mali, subsidiaria exceptionis pacti *l. 10. §. ult. D. de pactis*: eo quod exceptio doli mali non tam nascitur ex facto procuratoris, quam ex dolo aëtoris: quem ei occasione Juris Civilis contra naturalem æquitatem prodesse non oportet *l. 1. §. 1. D. de doli mali exceptione*. id tamen manifeste fit: aëtor a me petente quod non petiturum se a me, promisit meo procuratori res meas ex meo mandato sustinenti: in primis si meo nomine aliquid ab eo accepit, ut pacisceretur, nam si id retinet, nec vicissim servat fidem pacti, quia negat valere pactum alteri factum: improbe abutitur Juris subtilitate cum mea injuria, quod non est ferendum. Sit ita: non possit quis alteri cavere paciscendo aut stipulando; cum alter est extraneus, & ejus nihil interest: tamen si inter sit paciscentis, alterum liberari obligatione, aut eam alteri prodesse: quid ni ei & stipulando & paciscendo caveatur *l. 28. §. 20 D. de verborum obligationibus*? Sed hoc nil mutat, nam alteri cavens, cum sua interest, alteri pacisci aut stipulari, non tam alteri, quam sibi pacisci aut stipulari videtur, sibi igitur acquirit obligationem & actionem *l. 118. §. ult. D. eod. tit. exceptionem domino, non pacti, sed doli mali*.

Prodest igitur hoc modo pactum domino, an etiam nocet! ait Ulpianus *l. 12. D. de pactis*, *Et nocere constat*: additque, hoc jus esse, siue ei mandavi, ut pacisceretur, siue omnium rerum mearum procurator fuit. Sed hoc ut distinctus intelligatur; age, dividamus procuratorum species. Passim placet Juris interpretibus, triplicem esse procuratorum divisionem, unum vocant specialem, alterum generalem simplicem, tertium dicunt habere liberam omnium negotiorum administrationem. Sed si mihi liceat, meo uti ingenio: non erit triplex procurator, sed duplex: vel ad res omnes datus, vel ad partem: id est, specialis vel generalis, tertium ab his distinctum nusquam adducunt Veteres: ex professo instituentes procuratorum divisionem: hos duos semper appellant, certo indicio, non agnoscere tertium: & si alibi nominetur: (ut fit in *l. 58. D. de procuratoribus*, & *l. 9. §. D. de acquirendo rerum dominio*) non adferri speciem diversam ac separatam a procuratore generali omnium negotiorum: sed potestatem ejus procuratoris aliis verbis indigitari, quod si probari poterit: erit observatu dignissimum. Huc vero me trahit Paulus lib. 1. *Sentent. tit. 10. §. 2*, his verbis. *Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut*

ad partem negotii, aut ad res administrandas datur. Sensus Pauli, Procuratorem dari vel ad litem, vel ad res administrandas: & utrumque vel ad omne constitui negotium, vel ad partem negotii, ita subducta ratione, duplex Paulo est procurator: alius specialis, alius generalis omnium rerum, negotiorumve. Nil opus verbis: ipse sic Paulus *l. 17. §. ult. D. de jurejurando*, *Procurator quod detulit (juszurandum) ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit.* Dedit Pauli sententiam, quæ Ulpiani: plane similis *l. 1. §. 1. D. de procuratoribus*, verba Ulpiani, *Procurator vel omnium rerum, vel unius rei esse potest.* Ulpianus adfert species, non tres, sed duas. Nec tantum sic illo in loco Ulpianus; sed etiam in *l. 12. D. de solutionibus*, *Vero*, inquit, *procuratori recte solvitur, verum autem accipere debemus eum cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.* Etiam in *d. l. 12. D. de pactis*, *Et nocere*, inquit, *ei constat, siue ei mandavi, ut pacisceretur, siue omnium rerum mearum procurator fuit.* Sed apparet, Veteres, quoties ex professo dividunt procuratorum species, numquam facere partes plures, quam duas: nempe specialem & generalem: quia non putant, esse plures. Dicamus igitur eorum exemplo: quod procurator vel ad litem datur, vel ad res administrandas: & uterque constituitur vel ad omne negotium, vel ad partem.

Et quidem ad partem negotii datur cui una species, vel etiam plures species nominatim mandantur, talis vero procurator includitur mandati verbis, nisi occurrat aliquid sine quo principale mandatum expediri nequeat. tum enim hoc et si excluditur mandati verbis, adhuc ejus sententia continetur: certa atque explorata ratione, eum qui extrema vult, non posse nolle ea quæ ad extrema sunt necessaria. sunt hoc in præsentiarum intelligitur *l. 56. & l. 62. D. de procuratoribus*, id si non sit: mandati verbis finitur omnis vis & potestas specialis procuratoris, ita paciscetur procurator ad actionem datus, & eo nocebit domino, si ei mandatum sit, ut paciscatur *l. 12. D. de pactis*, quod si non sit: contra est, clare Gordianus *l. 7. C. de transactionibus*, *Transactionis*, inquit, *placitum ab eo interpositum cui causæ actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuæ derogavit.* Paulus *l. 13. D. de pactis* sic ait, *Sed si tantum ad actionem procurator sit, conventio facta domino non nocet*: & addit rationem, ea ratio est: quia nec solvi ei potest. Satis de procuratore qui ad partem negotii datur.

Alter datur ad omne negotium, isque alias appellatur procurator omnium rerum vel omnium negotiorum, hic vero est cui generaliter permit-

titur libera rerum administratio, vel libera universorum negotiorum administratio. Paulus certe *l. 20. §. 1. D. de novationibus* quærens, qui novare possint præter tutorem, nominat procuratorem omnium bonorum: aitque in *l. 58. D. de procuratoribus*, inter cætera etiam novare posse cui generaliter libera administratio rerum commissa est. Deest quidem Florentiæ vox *novare*; sed in cæteris extat exemplaribus; nec minus apud Græcos, *Basilic. lib. 8. tit. 2. pag. 425 tom. 1.* Rursus Paulus *l. 59. D. eod. tit.* arbitratur, eum cui concessa est generaliter libera administratio rerum, posse solvere creditoribus. talem vero qui id faciat, Celsus *l. 87. D. de solutionibus* appellat omnium rerum procuratorem. liquet igitur, procuratorem cui generaliter committitur libera rerum administratio, esse eundem procuratori universorum negotiorum, aut omnium rerum. Dicitur autem, (nam hoc addam, sicut est dignum addi) libera dari administratio: pari forma qua dicitur concedi libera testamenti factio; vel a Constantino *l. 1. C. de sacrosanctis ecclesiis* dicitur testatori concedi liber stilus. dicitur autem concedi libera testamenti factio: ubi conceditur legitima & consuetata testamenti factio *l. 35. C. de inofficioso testamento*, quæ ante non erat libera. Hoc modo nil refert, utrum simpliciter dicamus testamenti factionem, an liberam testamenti factionem. Eodem modo dicitur libera peculii administratio *l. 18. §. ult. D. de pignoratitia actione*, *l. 1. §. 1. D. quæ res pignori*, quæ alias peculii administratio appellatur, detracta voce libera *l. 11. §. 2. D. de rebus creditis*, *l. 46. l. 48. D. de peculio*, *l. 15. §. 3. de diversis temporalibus præscriptionibus*, *l. 13. in f. pr. D. de conditione indebiti*. quid ni igitur credamus, procuratorem cui datur libera rerum aut negotiorum administratio, ea formula nil accipere, præter omnium rerum aut negotiorum administrationem, quæ ante quam datur libera, non est libera; & ubi datur libera, non est alia ab omnium negotiorum administratione? Sic res suadet. qui enim dicit, se dare administrationem omnium negotiorum, is administrationi nullos ponit fines. dat igitur liberam administrationem quam dat infinitam. contra quoque qui dat liberam administrationem, is ut plene mandet res suas geri a procuratore; ei ideo non dat rerum suarum dominium; etiam ei non mandat rerum suarum perditionem: sed administrationem, atque ex fide bona gerendam *l. 60. §. 4. D. Mandati vel contra*: id est, non aliam, quam universorum negotiorum administrationem. Ita in summa libera negotiorum administratio non efficit speciem aliam ac separatam a generali omnium rerum administratione; sed diversam a partibus, sive a speciei administratione *d. l. 9. §. 4. D. de acquirendo rerum dominio*.

Non tamen hoc eo pertinet; ut velim, esse unam aut simplicem formam mandati omnium rerum, vel etiam liberæ administrationis omnium negotiorum. Non ita est; sæpe differentiam facit voluntas domini expressa; aliquando rerum quæ mandantur conditio. adeo, cum quid fecit procurator cui conceditur libera rerum, aut simpliciter rerum omnium administratio: potest facti quæstio esse, an jure fecerit: nec est simpliciter inspiciendum, quid fecerit: sed (quod Gajus observat *d. l. 9. §. 4. D. de acquirendo rerum dominio*, & ex eo Imperator *§. 43. Inst. de rerum divisione*) an ex negotiis fecerit; sive ut idem Gajus alibi *l. ult. D. de curatoribus furioso* & aliis dicit, *ex administratione*: id est, ex ordine negotiorum quæ ei sint mandata. pone:

(qui est casus *l. 63. D. de procuratoribus*) procuratori totorum bonorum administrandæ mandatæ sunt res domini: ait Modestinus, quod non potest res domini mobiles aut immobiles alienare, verbi gratia, vendere, vel permutare, vel oppignorare, sine speciali ejus mandato, non magis quam servus. & est ratio: quod ei nihil est concessum, præter administrationem omnium rerum. est igitur ex negotiis administratio. porro administrare est, res servare ad usum domini; si servari possint. alienare est, eas amittere & perdere; cum alienatione domino perinde pêteant, ac si esse desinant. sic in rebus mobilibus & immobilibus, quas ne dominus quidem, urique bonus & diligens patetfamilias, temere & sine magna causa alienat. at quod ad fructus, & si quæ præterea facile corrumpantur, attinet: ait Modestinus *d. l. 63.* quod hæc alienare, id est, vendere, aut permutare pro alio *l. 58. D. eod. tit.* potest procurator totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt: quia servatæ essent periturae aut deteriores futurae; nec est ei permissa perditio rerum domini, quæ alienatione præveniri potest, & ab ipso domino sic præveniri solet. habetur igitur alienatio rerum, quæ servari nequeunt, pro administratione naturæ rerum & dominico usui conveniente: id est, fit (ut Gajus ait *d. l. 9. §. 4.*) ex negotiis, sive ex summa negotiorum quæ dominus sibi geri mandavit. Simili ratione potest procurator totorum bonorum cui mandatæ sunt res administrandæ, mutuas sumere pecunias, & res domini obligare pignori; si necessitas id fieri urgeat: ut, si metus sit, ne ædes ruant; aut ne pretiola pignora distrahantur; neve usurae aut pœnæ debitarum pecuniarum excrescant. maxime autem id licebit, si procurator sit constitutus ab eo qui solebat sub pignoribus mutuas pecunias accipere *l. 11. §. ult. §. l. 12. D. de pignoratitia actione*. cum enim ei generaliter mandentur universa negotia e re domini futura; perinde est, ac si singula quæ usus domini aut certe necessitas exigat, ei nominatim mandentur. est igitur vel hoc ex negotiis; modo ipse sic esset factururus dominus. non enim præsumitur is generali mandato permittere quod nominatim non permetteret: nec sic permetteret quod ipse non faceret. Præter hæc ait Paulus *l. 58. D. de procuratoribus*: quod procurator cui generaliter commissa libera rerum administratio est, potest novare. sic cenfeo: etsi enim Florentiæ desit verbum, *Novare*, tamen restitui id Paulo auctoritate Græcorum; & fide plerorumque Codicum; eoque minore periculo: quod clare idem Paulus *l. 20. §. 1. D. de novationibus*, *Novare*, inquit, tutor potest, si hoc pupillo expediat: item procurator omnium bonorum. Addit Paulus *d. l. 58*, eum procuratorem posse etiam exigere: id est, ut Ulpianus ait, rem in judicium deducere *l. 12. D. de pactis*. recte; nam est pro specie novationis *l. 29. D. de novationibus*. Tamen nec hoc est sine exceptione: nam apud Ulpianum *l. 40. D. de procuratoribus* sic extat, *Pomponius scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare ait: nisi, ut Julianus ait, causa cognita: id est, si (§) nominatim ei mandatam sit, & pater valetudine, vel alia iusta causa impediatur*. Cæterum procuratori omnium rerum & hoc mandari videtur; ut solvat creditoribus *l. 59. D. de procuratoribus*, *l. 87. D. de solutionibus*. igitur eo quoque modo etsi alienat, facit quod ex negotiis est. Potest etiam jusjurandum

dum deferre l. 17. §. ult. *D. de jurejurando*, opinor, deficientibus probationibus, ut de tutore dictum l. 35. *D. eod. tit.* sic enim servat domini res aliquin perituras defectu probationum. Potest insuper pacisci, & pacto nocere domino d. l. 12. *D. de pactis*: nisi donet. nam donatio in persona administratoris, qualis est procurator, non administratio est, sed perditio. transactio autem in dubiis causis facta bona fide, ab administratione non removetur: cum ex parte servet quod in totum retinere nequit. At obstat l. 60. *D. de procuratoribus*: sic scribens, *Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam. & ideo si postea is qui mandavit, transactionem ratam non habuit; non posse eum repelli ab actionibus exercendis.* Quid dicimus? legendum esse, transactionem de minuendi causa: ut de tutore idem Paulus loquitur l. 49. §. ult. *D. de administratione tutorum*? ita Doctissimus Interpres, Jacobus Cujacius, *Notis ad d. §. 43. Inst. de rerum divisione*, atque ingeniose: sed nulla necessitate. non est enim inusitata Pauli locutio, transigere decidendi causa: quando & Ulpianus l. 26. §. 2. *D. de inofficioso testamento* ait, rem transactione decidi: & Imperatores l. 17. *C. de transactionibus* litem transactione decisam. Meo iudicio, non absurde quis conjiciat, Paulum non esse exaudiendum de generali mandato omnium negotiorum, quo de nos agimus: sed de generali mandato exercendarum actionum, seu litium. prorsus, ut transigere possit omnium negotiorum procurator æque ex Pauli, atque ex Ulpiani sententia l. 10. §. ult. l. 11. & l. 12. *D. de pactis*. quippe cum sit ex negotiis ei mandatis: sed is cui omnes actiones, vel generaliter actiones exercendæ mandatæ sunt, eo transigere nequeat: quod ei in singulis causis non decisio, sed actio mandata esse intelligitur: auctore Gordiano l. 7. *C. de transactionibus*; & ipso Paulo l. 13. *D. de pactis*. Loquitur quidem uterque de una actione exercenda mandata: sed idem est, si plures vel omnes excendæ mandatæ sint. nisi enim sit omnium negotiorum, vel universorum bonorum procurator constitutus: semper coercetur facultas procuratoris ad exercendas actiones constituti, intra mandatum exercendarum actionum: quod est, ut actiones instituat, litem contestetur, & persequatur usque ad sententiam: ultra non procedit. adeo ne iudicati quidem actio ei datur; nec ei solvi potest: nisi hoc ei mandatum sit l. 86. *D. de solutionibus*, vel nisi sit totorum bonorum, vel omnium negotiorum procurator. si tamen in rem suam sit procurator datus; aliud dicendum est: quia tum domini loco habetur, & ideo servandum erit pactum conventum, ut in §. 1. d. l. 13. subjicitur. In eundem fere sensum differit Paulus l. 17. §. ult. *D. de jurejurando*. de jurejurando a procuratore deferendo. verba Pauli. *Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

Sed absolvamus: est, ut dixi, quærentibus, quid jure faciat procurator, accepta omnium negotiorum, aut libera omnium negotiorum administratione, diligenter animadvertendum, quid ex negotiis sit. non est enim una & simplex ejus mandati ratio. aliquando variat hanc domini voluntas: aliquando conditio rerum quæ mandantur. est igitur res facti: multumque refert, quid actum sit. ita detur alicui generale mandatum ad administrandas res domini quo de superior fuit disputatio:

Noode Operum Tomus I.

rursus detur alii generale mandatum ad negotiandum de rebus domini: sive velit emere, sive vendere, sive pacisci, sive aliud agere tamquam dominus: est procul dubio aliud hujus jus, quam illius: licet uterque habeat liberam rerum administrationem. interest enim; quod alter est ad negotiandum de rebus domini constitutus: alter non est. alteri palam datur facultas emendi, vendendi, permutandi, oppignorandi, & si quid præterea facere velit. alteri ea facultas non ita datur. Illuc refero hoc Scævola l. 60. §. 4. *D. Mandati vel contra*. *Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita. Sejo filio suo S. Ego quidem secundum naturam esse existimo pro patre & patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione: si autem necessitas alicujus talis erit: concedo tibi de omnibus meis, ut vis negotiari; sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcumque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma esse a te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quæsitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset, vel mandasset, an valeret? Respondi, eum de quo quæreretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse. † Item quæro, an cum Sejus magistratu functus, debitor extitisset, Lucius Titius eo nomine conveniri possit, vel res ejus obligata esset, propter verba epistola superscripta? Respondi, neque conveniri posse, neque res obligatas esse. Ex hoc loco intelligitur: quod procurator amplissimo & liberrimo hoc mandato ad negotiandum constitutus, potest emere, vendere, permutare, etiam mutuas pecunias accipere, & pignus constituere domini nomine: quia ea sunt ex negotiis. tantum desideratur: ut, cum ea agit, res spectet ad negotiationem: quam unam ei permisit dominus. quod si alia ex causa æs alienum contrahat, aut domini bona pignori obliget: ad dominum non pertinet: ut si (qui est casus d. l. 60. §. 4. in fine) cum magistratu fungeretur procurator, ea ex causa debitor sit civitatis, vel res domini obligaverit: non id spectat ad dominum, nec idcirco ejus res tenentur: quia non est ex negotiis.*

Sed apparet, quod dixi, esse unum mandatum quo conceditur generalis omnium negotiorum administratio, & quo conceditur libera omnium negotiorum administratio: & tamen id ex domini voluntate, & rerum conditione aliquam invenit varietatem: ingente differentia, utrum procuratori ad negotiandum de rebus domini, an ad administrandas domini res data sit omnium negotiorum, aut etiam libera omnium negotiorum administratio. fuitque id eo diligentius annorandum: quia simili ratione interest; utrum servus a domino accipiat administrationem omnium rerum, negotiorumve domini: an accipiat peculii administrationem, aut liberam peculii administrationem. nam accepta administratione rerum domini, potest quidem fructus, & si quæ præterea facile corrumpantur, alienare: sed res mobiles aut immobiles alienare non potest: exemplo procuratoris totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt l. 63. *D. de procuratoribus*. longe aliter, ac cum servo data est peculii administratio, vel libera peculii administratio. nam tum alienare res peculiares eum posse, extra dubitationem est l. 18. §. ult. *D. de pigneratitia actione*: eo quod peculium est quasi proprium servi patrimonium l. 39. *D. de peculio*. deinde datur servo plerumque peculium ad negotiandum magis, quam ad custodiendum. Et tamen, quod de totorum bonorum procuratore

cui concessa sit libera rerum administratio, dixi, etiam dicendum est de servo & filiofamilias cui permessa sit libera peculii administratio, posse facti

questionem esse, quantum ei sub ea appellatione sit concessum *l. 1. §. 1. D. Qua res pignori. l. 7. pr. §. 1. 2. & 3. D. de donationibus.*

CAPUT XXVIII.

De pactis principalis debitoris, itemque fidejussoris, & unius ex duobus correis, siue socii sint, siue non sint.

Hoc loco videbo de pacto rei principalis, itemque fidejussoris, & unius ex duobus correis. sed primum de reo dicam. is si paciscatur, Ne pecunia petatur: interest; utrum in rem, an in personam paciscatur. nam si in personam pactus sit reus; fidejussor non utetur pacti exceptione *l. 22. D. de pactis*: quia personale pactum non prodest alii, quam paciscenti *l. 25. §. 1. D. eod. tit.* quod si in rem pactus sit reus: pacti exceptio non tantum ei, sed & fidejussori ejus prodest. quia in rem pacta profunt omnibus quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur, interfuit *l. 27. §. ult. D. eod. tit.* interest autem rei principalis, ne fidejussor conveniatur: quia is si quid pro reo solvit, ab eo potest mandati judicio repetere *l. 32. D. eod. tit.* At enim unius pactum non prodest alteri *l. 73. §. ult. D. de regulis juris.* Nempe principaliter: nam per consequentiam alteri prodesse non prohibetur: modo si ne paciscenti quidem prodesset; nisi ad alium quoque pertingeret pacti effectus *l. 23. D. hoc tit.* quoties igitur regressum adversus reum habet fidejussor, succurreretur ei exceptione pacti quod fecit reus: quoties autem non habet eum regressum, ut si donandi animo fidejussor sit; non prodest ei exceptio pacti a reo facti. egregie Paulus *l. 32. D. eod. tit.* *Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur. igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit: dicendum est, non prodesse exceptionem fidejussori.*

Quod dixi, maxime verum est: si perpetuum sit rei pactum, imo, & si sit temporale; quale est, Ne intra annum petatur. nam hoc utrique proderit intra annum: ultra neutri. sic Paulus *§. 1. l. 27. D. de pactis*: utique, si reus æque de se pactus sit, ac de fidejussore. Sed fac, dixisse, Ne a fidejussore petatur: de sua persona nihil dixisse. ait Paulus, fuisse qui putarent, nihil id prodesse fidejussori, quamquam id rei intersit. ac movisse eos: quod ea demum competere fidejussori debeat exceptio quæ & reo, sensus Pauli: Unusquisque debet sibi pacisci: at reus soli paciscens fidejussori, alteri paciscitur: quod per liberam personam fieri nequit. nec mutat, quod rei interest, ne a fidejussore petatur. nam id fit per consequentiam: cum exceptio debeat reo prodesse principaliter; & fidejussori demum propter reum per consequentiam *d. l. 32.* nempe debet rei pactum originem sumere a reo; & per eum ad fidejussorem pertingere, quod si a reo non sumat originem: non pertinet ad fidejussorem. Sic quidam. Sed Paulo aliud sedet. ait enim, *Ego didici prodesse fidejussori exceptionem: & addit, Non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi qui pactus sit, consuli videtur.* Subaudienda vocula *tam*, vel *magis*; ut sæpe alibi. sensus Pauli est: Cum reus pactus est, Ne a fidejussore petatur, & de se nihil dixit; exceptionem

fidejussori prodesse propter reum: non quod ea sic fidejussori per liberam personam adquiritur: sed quia a reo tacite agitur hoc pacto; ut sibi consulat: quando ejus interest, exceptionem fidejussori dari, etsi de se non fuerit loquutus. porro alteri paciscimur recte; si nostra intersit: ut, si agamus, quo nobis consulamus: non ut uni consulamus ei cui paciscimur. quod si est: apparet, reum paciscendo fidejussori, non tam agere rem fidejussoris, quam suam: ideoque fidejussorem, quod per se non habet ex alieno pacto, id contemplatione principalis rei accipere. sic Paulus; atque eo verius: quia subjicit, *Quo jure utimur.*

Ne illud quidem hic negligendum, quod Furius Anthianus *l. ult. D. de pactis* refert, si reus, postquam pactus sit, a se non peti pecuniam, ideoque cæpit id pactum fidejussori prodesse, rursus pactus sit, ut a se peti liceat: quæsitum esse, an utilitas prioris pacti fidejussori posteriore pacto sublata esse intelligatur. sed cum Marcianus *l. 19. D. de exceptionibus* scribat, Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejussori, etiam invito reo, competere; forsan verius fuerit, fidejussori invito per posterius pactum non extorqueri pacti exceptionem ei priore pacto semel adquisitam. sic Furius Anthianus *d. l. ult.* Sed aliter visum Paulo *l. 27. §. 3. D. de pactis*: his verbis: *Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum profuit.* Nisi quis Paulum sic accipiat: quasi non loquatur de pacto rei principalis, sed de pacto fidejussoris: ut sensus sit, Si pactus sit fidejussor, ne a se petatur; & is rursus paciscatur, ut a se petatur: prius pactum non prodesse fidejussori.

Hoc, si reus pactus sit, Ne petatur. quid si vice versa sic pactus sit fidejussor? placet, hanc conventionem neque reo prodesse, neque confidejussori *l. 23. D. eod. tit.* primum non prodest reo hæc conventio: quia nihil interest fidejussoris, a reo non peti. nam excusso reo liberatur fidejussor. nec datur reo regressus adversus fidejussorem. ita si in personam, si in rem paciscatur fidejussor: pactum ipsi quidem prodest, at reo non prodest: quia potest fidejussor paciscendo sibi consulere, alteri non potest. Eadem ratione nec confidejussori prodest fidejussoris pactum: nam alter solidum solvens, non habet regressum adversus alterum, nisi ante cessis ei a creditore actionibus *l. 39. D. de fidejussoribus.* Aliquis dicet, interesse fidejussoris, ne a reo, neve a confidejussore petatur: quia, ut post solutionem non possint actiones ante non cessæ, confidejussori compere adversus confidejussorem: potest tamen fidejussor, ante quam solvit, a creditore petere, sibi cedi actiones quas habet contra confidejussorem *d. l. 39.* Sed animadvertit Antonius Faber, *Rationalibus*, non posse creditorem fidejussori parato solidumolvere, alias præstare actiones, quam ipse habeat: non autem habere efficaces adversus fidejussorem, cum quo

quo pactus sit, actiones. non igitur posse fidejussori præstare efficaces actiones adversus ejus confidejussorem. sed nec posse fidejussorem cum creditore pactum, Ne petat, magis a confidejussore, quam a creditore conveniri. Non igitur interest fidejussoris pacti cum creditore; utrum confidejussoribus pro sit ejus pactum, an non pro sit: & ut bene ait Paulus *d. l. 23*, non quoquo modo cujuscunque interest, cum alio facta conventio prodest; sed tunc demum, cum per eum cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi & his qui pro eo obligati sunt.

Cæterum, quamquam fidejussoris pactum neque reo, neque confidejussori pro sit ad exceptionem pacti: probat tamen ex Juliano Paulus, *l. 25. §. 2. D. de pactis*, obtinuisse, ut plerumque reo pro sit doli exceptio: videlicet, si hoc actum sit, Ne a reo quoque petatur. itemque in confidejussoribus esse, Ulpianus refert *l. 26. D. eod. tit.*

Finge tamen: aliquis in rem suam fidejussit. is convenit, Ne petatur pecunia. puta, debebam pecuniam; & conventus a creditore, fidejussi pro eo qui me defendit apud Judicem. mox sum pactus cum creditore, Ne petat. an defensori prodest pacti exceptio? ait Paulus *l. 24. D. eod. tit.* & causatur, fidejussorem hic pro reo haberi: pactumque cum eo factum, non cum eo, sed cum reo factum intelligi.

A reo & fidejussore transeo ad duos debendi reos. nam in his quoque quæritur: an pactum unius pro sit alteri? puto autem, referre; utrum socii sint, an non sint. nam si socii sunt, & ab uno sit pactum conventum, Ne petatur: placet, exceptionem pacti etiam alteri prodesse: propter regulam *§. ult. l. 21. D. eod. tit.* interest enim correi, ne a correo petatur: quia quod unus solverit, id ab altero repetit actione pro socio. is est sensus *l. 25. D. eod. tit.* maxime conjunctæ cum fine *l. 23. D. eod. tit.* est enim utraque ex eodem *lib. 3. Pauli Ad Edictum*. sic: si socii sint correi. quid, si non sint? jam alteri non prodest alterius pactum; quia paciscentis, ut correo pro sit pactum, non interest principaliter: cum alter quod solvat, ab altero non repetat. atque hæc distinctio confirmatur *l. 3. §. 3. D. de liberatione legata*. Et si possit eo quoque in loco aliqua videri difficultas: quam movet & tollit Bachovius, ad *τὴν πρῶτην pag. 620*. ea difficultas est: quod Ulpianus ait, Julianum respondisse, legata uni ex correis liberatione, oportere eum ab herede liberari non pacto, sed acceptilatione: addita ratione; ne alioquin, dum ab altero petitur, alter inquietetur. ita vero significari videtur, pactum unius correi debendi alteri non prodesse, ne socio quidem. Hæc difficultas. ad hanc tamen respondet Bachovius, non fuisse Julianum propositum, tradere, quo modo necesse sit, fieri unius correi liberationem: sed quo modo ea contingat quam prudentissime: id est, ita, ut in omnem eventum plenissime securus sit legatarius. id vero commode fieri per acceptilationem: quia per hanc ipso jure tollitur obligatio. cæterum pacto non æque commode fieri: nam actione ipso jure contra alterum durante, facile evenire, ut alter exigatur, alter inquietetur. In hunc fore sensum Bachovius. cujus responsio si placet, ut probabilis videretur D. Vinnio, *De pactis c. 16. n. 5*. apparet, argumentum quod ea difficultas facit a consequentia rationis, nihil directo & palam concludere.

Similis quæstio est: an pactum unius ex duobus

argentariis, aut duobus correis stipulandi, alteri noceat? eam quæstionem definit Paulus *l. 27. D. de pactis*, his verbis. *Si unus ex argentariis sociis cum debuit pactus sit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. † Sic enim & his qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint: quod est verum. † Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* Sic Paulus, satis obscure. primum negat, pactum unius ex argentariis factum cum debitore, alteri nocere; si non sint socii. hoc enim modo mihi concipienda videtur Pauli species: & esse legendum initio legis, *Si unus ex argentariis cum debitore pactus sit; vel, Si unus ex argentariis duobus cum debitore pactus sit.* Sic conjicio; & fidem conjecturæ facit finis ejusdem legis: qui finis ait: *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est: nec sociorum meminit ullo modo.* Huc igitur redit Pauli disputatio: ut putemus, si unus ex duobus argentariis, aut unus ex duobus stipulandi reis, qui non sint socii, cum debitore pactus sit: ejus pactionem alteri nunquam nocere; nec si in rem pactus sit: & pro ratione addit Paulus: quod tantum constitutum est; ut alter possit solidum petere; itemque ut possit ei solidum solvi. dehinc contrariis occurrit Paulus quasi per occupationem his verbis. *Nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur.* Sensus est, Aliquis objiciat: si potest uni ex argentariis solvi: quid ni uni permittatur pacisci; non enim absimilis est solutioni pactio. nam ut solutio, sic pactio perimit obligationem: etsi non ipso jure: utique ope exceptionis. hæc obiectio. At responsio talis est. non semper procedit illatio a solutione ad novationem: ut maxime novatio obligationem perinde tollat ipso jure, ac solutio *l. 10. D. de novationibus*. multo igitur minus valet argumentum a solutione ad pactum: cum obligatio pacto non ipso jure, sed per exceptionem tollatur. Is Pauli sensus in his verbis. *Nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur.* Ubi enim *alium* dicit; non intelligit alium argentarium aut alium corream; (uti videtur prima facie) sed intelligit *alium* ab argentario aut correo diversum: cui recte quidem solvi possit; jus vero novandi non sit. is quoque ne obscurus esset; ponit Paulus exemplum in filiofamilias: cui potest solvi quod crediderit; at ejus novatio non est. Sic Paulus, etiam Celsus *l. 25. D. de novationibus*: Verba Celsi. *Non ideo novare veterem obligationem quisquam recte potest, quod interdum recte ei solvitur. nam & his qui in nostra potestate sunt, quod ab his creditum est, recte interdum solvitur: cum nemo eorum per se novare priorem obligationem jure possit.* Hactenus Celsus: vitæque mihi eo notabilior esse hic locus: quia est ex *Celsi lib. 1. Digestorum*: quo eum de pactis scripsisse, conjicio ex *l. 9. D. de probationibus*, & *l. 33. D. de pactis*. nec inverisimile mihi sit, Celsum in *d. l. 25.* eandem tractasse quæstionem de pacto unius ex duobus correis: eique præsentem aptasse disputationem, modo ab ea quæ Pauli est, non diverso. utcumque erit: est in *d. l. 27. D. de pactis* clarus Pauli sensus, Pactum ab uno ex duobus argentariis, aut uno eo duobus correis stipulandi qui non sint socii, factum cum communi debitore, alteri non nocere; licet in rem pactus sit, a debitore non peti. scilicet: quia eo pacto non tollitur obligatio; &

ut is qui pactus sit, agens repellatur pacti exceptio-
ne: nil tamen causæ est, quo minus alter experiatur
cum debitore. habet enim eum obligatum subtili
Jure; nec est cum eo pactus, ne petat; porro
quod petit, neque correi nomine, neque ad ejus
utilitatem petit; sed suo nomine, & ad suam uti-
litem: modo non sint socii. alioquin palam
quidem petit sibi: at vi ipsa etiam socio petit:
obligatus actione pro socio quod accipiat, cum
socio communicare. eo igitur casu alteri nocet u-
nius pactum, sicut prodest. Hoc Paulus *d. l. 27.*
Idem, nisi fallor, intelligitur quoque ex *l. 34.*
D. de receptis qui arbitrium receperunt quæ est ejus-
dem Pauli. verba talia sunt. *Si duo rei sunt, aut*
credendi, aut debendi, & unus compromiserit, isque
vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndum est,
an, si alius petat, vel ab alio petatur, pœna committa-
tur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina si-
mul eunt. Et fortasse poterimus ita fidejussoribus con-
jungere, si socii sunt. alias nec a te petitur, nec ego
peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur. In
hac lege proponit Paulus duos reos credendi aut
debendi, aut duos argentarios quorum nomina
simul eunt: pari loquendi forma qua ait Quinti-

lianus *lib. 1. Inst. orat. c. 1. pag. 11. Non longe ita-*
que Latina subsequi debet, & cito pariter ire. Vult
vero Paulus, duorum argentariorum nomina si-
mul ire: cum (ut dicitur in *l. 9. D. de pactis*) eo-
rum nomina simul facta sunt. adeo sint (veniam
enim ad rem) tales duo correi, aut duo argenta-
rii. ex his unus in arbitrum consensit, compro-
missa pœna, ni steretur arbitri sententiæ. is ab arbi-
tro prohibetur petere. deinde petit ejus correat
qui non compromisit. an commissæ est pœna ad-
versus eum qui prohibitus est petere? negat Pau-
lus. & recte: non enim ipse petit, neque per se,
neque per alium: sed ejus correat petit. hic vero
non est prohibitus petere. accedit, quod is petit
suo, non correi nomine. ita Paulus: si non sint
socii, at quid, si sint? contra putat, esse com-
missam pœnam: propterea, quod ut non dire-
cto petat, tamen vi ipsa petit: eo quod actione
pro socio est venturus in partem socii. tenetur igi-
tur præstare socii factum: ne (quod idem Paulus
ait *l. 5. D. Si quis cautionibus*) dolus ei profit
propter societatem; id est, ne societas
præbeat occasionem improbi
quæstus.

FINIS.





N O T I T I A

C A P I T U M O P E R I S

D E

P A C T I S E T T R A N S A C T I O N I B U S .

- CAP. I.** *Edictum de pactis & transactionibus accepisse originem a Lege Duodecim Tabularum, ejus Legis & Edicti usus & ratio.* 421
- II.** *In Edicto Pratoris late patere verba, Pacta conventa: nec referre, utrum sint expressa, an tacita, horum complura & diversi generis exempla sane elegantia; nec peraque clara & evidentia.* 423
- III.** *Pratorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti, quam donationem: id est, pactionem & conventionem in specie. & quid his significetur?* 427
- IV.** *Pratorem in hoc Edicto servare pacta conventa in rem, & in personam. & qua illa?* 430
- V.** *Cum a Pratore petitur servari pactum conventum; probari oportere, esse inter eos inter quos agitur, ac de re qua de agitur, consensum. Utriusque generis exempla pulchra & difficilia* 431
- VI.** *Pratorem pacta conventa in hoc Edicto non actione servare, sed exceptione; & esse ei sermonem non de quibusvis pactis, sed de his quibus agitur, Ne petatur, ea Pratoris mens unde conjiciatur: cum latissima sint ejus verba. Ulpianum in Edicti interpretatione enumerare omnia pactionum genera: cum Prator agat de pactis nudis, Ne petatur. & qua sit ejus rei ratio?* 433
- VII.** *Conventiones alias esse publicas, alias privatas: & has rursus esse juris gentium, vel legitimas. qua conventio sit publica aut privata?* 434
- VIII.** *Quo sensu Ulpianus in l. 5. D. de pactis legitimam conventionem distinguat a Juris Gentium conventionem. Pauli definitionem qua est in l. 6. D. eod. tit. esse bonam: sed Ulpiano imprudenter jungi ab Architectis Juris. exempla legitimarum conventionum ex sententia Ulpiani. Legitimas conventiones aliquando usu sic accipi, quasi sint Juris Gentium. etiam Juris Gentium conventiones aliquando induere naturam legitimarum. esse Juris Gentium conventiones quarum obligationes dicuntur civiles: & cur?* 435
- IX.** *Conventiones Juris gentium esse nudas vel non nudas. has dici contractus. quid contractus? eum esse duplicem: alium certum ac nominatum: alium incertum & innominatum.* 438
- X.** *De nudis conventionibus.* 441
- XI.** *De pactis adjectis contractibus bona fidei.* 443
- XII.** *De pactis adjectis contractibus stricti juris.* 447
- XIII.** *De legitimis conventionibus ex definitione Pauli l. 6. D. de pactis.* 451
- XIV.** *Donationes, sive pacta conventa in specie, tantum servari per exceptionem pacti conventi. transactiones etiam aliter.* 456
- XV.** *Pratorem hoc Edicto non servare pacta injusta: quatinus sunt dolo malo facta.* 459
- XVI.** *Non servari a Pratore pacta adversus leges, aut in fraudem legum facta. quid sit adversus legem facere; & quid facere in fraudem legis. Pratoris Edictum sic esse acceptum, quasi adversus leges paciscatur qui paciscitur adversus publicam utilitatem; & qui paciscitur adversus privatam utilitatem, adversus leges non paciscatur. pactum de delictis privatis, cum civiliter agitur, valere ante commissis delictis: alioquin non valere. crimina publica aut privata numquam recipere pactionem. nec referre, utrum ea pactio fiat post admissa crimina, an ante. quin transactionem de his factam, videri corruptionem, etiam concussionem, & falsum, nec cura esse. reo tamen, si transegerit de capitali crimine, ignosci principum humanitate.* 460
- XVII.** *De transactione alimentorum ex Oratione D. Marci.* 462
- XVIII.** *An possit transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis, cognitivisve testamenti verbis?* 465
- XIX.** *Pratori non esse propositum in hoc Edicto, servare pacta conventa facta adversus Jus Civile, cum scriptum, tum non scriptum. De forma plerisque negotiis data Civili Jure. & an contra hanc possit pactum conventum fieri expresse vel tacite. & quid de causis?* 466
- XX.** *Pacisci posse omnes qui possunt consentire: nisi si regulis Juris excipiantur. inde quari de pupillo, item minore viginti quinque annis, & prodigo.* 470
- XXI.** *Neminem Jure Civili posse sua pactione alteri nocere aut prodesse. An Jus sit debitoris heredibus, pacto suo nocere ejus creditoribus? Num quorundam creditorum pactum cum communi debitore factum, noceat aliis qui non consenserint? De pacto majoris partis creditorum facto cum debitoris herede suspectam habente ejus hereditatem.* 472
- XXII.** *Scaevolam in l. 14. D. de transactionibus non servasse gloriam integritatis.* 474
- XXIII.** *An & quando quis futuro heredi pacto suo possit prodesse aut nocere?* 477
- XXIV.** *De pacto patris & filii in potestate existentis. item de pacto servi qui sit in domini potestate.* *ibid.*

XXV. *An personis conjunctis non existentibus in potestate paciscentis aut stipulantis, ejus pactione aut stipulatione acquiritur exceptio pacti, aut actio ex stipulatu?* 478

XXVI. *De Pactis administratorum, ut tutorum, curatorum, actorum municipii.* 482

XXVII. *De pactis procuratorum. Eos procuratores videri duplices: vel esse unius rei qui procuratores speciales appellantur; vel esse universorum negotiorum, & hos dici generales procuratores: etiam dici habere liberam omnium negotiorum administrationem.*

qua ratio ejus locutionis: & quid ea significetur? item, quæ sit utriusque procuratoris potestas? 483

XXVIII. *De pactis principalis debitoris, itemque fidejussoris & unius ex duobus correis, si ve socii sint, siue non sint.* 486



FINIS.



GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
JULIUS PAULUS,
SIVE DE
PARTUS EXPOSITIONE
ET
NECE APUD VETERES
LIBER SINGULARIS.

Editio prima in Germania post quartam Lugduno-Bataviensem.

PAULUS l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis.

Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed & is qui ab-
jicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis misericor-
diæ causa exponit, quam ipse non habet.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

JULIUS PAULUS,

SIVE

DE PARTUS EXPOSITIONE ET
NECE APUD VETERES,

LIBER SINGULARIS.

P R Æ F A T I O.

DE partus expositione & nece extat sub Titulo Digestorum De agnoscendis & alendis liberis, capite quarto, Fragmentum Julii Pauli, Jurisconsulti, ex libro II. Sententiarum, Titulo XXIV, sane pulchrum, nec minus celebre, sed effugit industriam hominum doctrina excellentium. Quotus enim quisque eo non utitur, cum quæritur, an pater teneatur tollere liberos quos generavit? quotusquisque non clamat, patrem qui filium abjicit, aut exponit alienæ misericordiæ quam ipse non habet, filium æque necare, ac si eum strangulet; idque Julium Paulum opinari? Et certe eum qui non hominem modo, sed patrem quoque, exuit, esse detestabilem, dignumque omnium odio, quis, nisi quem pigeat humani generis, negaverit? Sed quod præterea clamant, patrem ob infantis expositionem, objectionem, aut elisionem, jure Pandectarum fuisse coërcitum legis Corneliæ de sicariis, aut Pompejæ de parricidiis, aut qua extraordinaria, pœna, idque Paulum existimasse; vix a me impetro, ut credam. imo arbitror, id Paulo numquam venisse in mentem; longeque aliam fuisse ejus sententiam. Sed imposuit Doctissimis Viris imago argumenti quod ex Pauli verbis a consequentia, quamquam ad speciem probabili, tamen imprudente, faciunt. Nec id fecissent; si, quod decet Jurisconsultos, utique eos qui paulo supra vulgi humilitatem assurgunt, ad historiam Juris, usumque Fori Romani qui ætate Pauli fuit, animum diligentius adjecissent. Mea enim sententia, nihil verius est, quam infantum expositionem necemque Jure Civili non dicam piam atque honestam, sed impunitam licitamque, fuisse non modo sub Gentilibus, sed sub Christianis quoque, Imperatoribus, usque ad principatum Valentiniani, Valentis, & Gratiani. Atque hoc si est; nonne efficitur, Paulum qui non Juris conditor, sed Juris interpretes, fuit, etsi ejus scripta Principum Constitutionibus deinde Juris vim acceperint, non potuisse, salva artis suæ auctoritate, scribere, patrem qui sanguinolentos liberos necaverit, abje-

cerit, aut exposuerit, in Foro Romano ad legis Corneliæ, aut Pompejæ, alteriusve pœnæ, severitatem pertinere? Et tamen non inficio, ne id scelus in se admitteret, apud sapientes ac bonos in Juris præceptis fuisse. Sed inter ea & Juris regulas ingens differentia est, habet enim regula legis necessitatem; ac, si negligitur, vigore publicæ disciplinæ vindicatur: præceptum vero neque obligat quem Civili Jure; neque cui pœnam minatur, nisi divinam. Ita fit, ut quod Juris præceptis execrabile sit, per temporum morumque feritatem stultitiamve Juris regulis neque prohibeatur, neque puniatur. Interim utriusque generis observationem peræque ad Jurisconsultum, illum bonum & sanctum virum, pertinere, Veteres existimabant. quippe, cum Civilem Sapientiam, exemplo Philosophiæ, partim scientia, partim actione, centerent. Et proinde qui ad exponenda Veterum Fragmenta serio animum appellit, eum, ne cruda evadat ejus disputatio, inter cætera quoque quid in præceptis, quid in regulis, quoquo tēpore fuerit, diligenter attendere oportet. Nec enim quis tam rudis humanarum rerum sit, ut in his eandem omnium ætatum locorumve æstimationem fuisse arbitretur. Ego certe ei qui sic sentiat, non assentiar temere. quin semper existimavi, artem nostram non uno tempore de cælo delapsam esse imbris more; sed incrementa sua ab experimento utilitatis paulatim accepisse; sed nec ipsam per tot secula parem atque eandem fuisse; verum ab hominum paupertate, severitate, opibus, mollitie, feritate, disciplina, religione, pace denique & bello, sæpe aliam atque aliam apparuisse. Atque ideo quod alibi, item hic, observavi: ut suis quæque temporibus restituerem; & quæ ex regulis Juris proficisci viderentur, ad Forum remitterem; quæ vero pietatis atque officii esse, existimarem, ea non Juris regulis, sed præceptis, accenserem. Sed & illa mihi cautio fuit, ne civilia remedia quæ ferre hic novit vetustas, cum criminis persecutio- ne quam primi introducere Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus, constituta non arbitraria, sed capitali, animadversione, confunde-

rem. Quod alioquin adeo secure fit : ut non satis mirari potuerim , non animadvertere hic Jurisconsultos præclata fama , ea quæ civilia sunt , privata partium utilitate finire : criminalia vero ad exempla spectare ; neque aliud agere , quam ut læsa reipublicæ disciplina delinquentis pœna atque infortunio vindicaretur : postremo , nec utraque in uno

atque eodem Foro , neque ab uno atque eodem Magistratu , examinari ; sed civilia judicia ad Prætoris , criminalia ad Præfecti Urbis , cognitionem pertinere. Habes summam Operis , quam patitur modus Præfationis. nunc ipsum aggredior , & quod poscit elegantia materiæ , deinde singula , quam potero diligentissime , demonstrabo.

CAPUT I.

Ita obtinuisse plurimam gentium humaniorum , & in primis Græcarum , legibus ac moribus , ut parentum arbitrio permitteretur , utrum vellent tollere , an exponere , aut necare , infantes recens natos.

Quis credat , apud gentes , non feras , nec barbaras , sed virtutis , humanitatis , cultiorisque vitæ , studiosas , legibus moribusque fuisse receptum ; ut esset in parentum potestate , liberos recens natos , si eis videretur , tollere ; sin minus , necare , aut exponere ? Eam tamen immanitatem , a qua nunc & natura & communis sensus abhorret , Græcis palliatæ imputant fabulæ. Nec illæ tantum , sed Aristoteles quoque , lib. 7. De republica c. 16. cum sic scribit , De exponendis autem vel tollendis partibus lex esto , ne quid mancum & debile alatur. Propter multitudinem autem liberorum , ne plures sint quam expediat , si gentium instituta & leges vetent procreata exponi : definitum esse oportet procreandorum liberorum numerum. Aristoteles ostendit , fuisse quidem in Græcis gentes quarum institutis prohibita esset liberorum expositio : sed fuisse quoque alias , & forte plures ,

apud quas esset licita. Adeo Thebis cum vigeret lex , Ne cui Thebano liceret , infantem exponere , neque in solitudinem abjicere , capitis supplicio constitutos : tam ea digna observatu visa fuit Eliano , ut ab eo & annotaretur , & laudaretur , lib. 2. Var. histor. c. 7. Nec alio spectat quod Plutarchus de Lycurgi legibus sic scribit , vita ejus , pag. 49. tom. 1. edit. Paris. Arbitrium tollendi partus non erat penes parentem , sed portabat eum in locum Leschen nomine , ubi tribulum natu maximi confidentes infantem spectabant. Qui , si membris compactis & robustis esset , colli jubebant eum , sortemque ei ex novem millibus assignabant. Debilem & distortum amandabant in locum voraginosum propter Taygetum , quas Apothetas nuncupabant : quasi nec illi ipsi , nec civitati , qui non esset a primordio ad bonum habitum , neque ad robur , comparatus , expediret vivere. Sed de Græcorum institutis satis.

CAPUT II.

In urbe Roma non licuisse parentibus ex lege Romuli , ac XII. Tabularum , necare aut exponere infantes recens natos , in primis masculos , & ex sequiore sexu filias primogenitas , nisi illi infantes a vicinis quinque proximis judicati essent monstrosi , debiles , aut insignes ad deformitatem : ac , si contra facerent parentes , constitutas lege pœnas fuisse. Sed in seculorum temporum mores eam legem usque adeo in potestatem suam rede gisse , ut parentibus facerent jus , liberos recens natos , qualescumque essent , exponere , aut necare , sine metu criminis ; eosque mores valuisse temporibus Jurisconsultorum quorum Fragmentis censetur Pandectarum corpus.

Venio ad leges moresque reipublicæ Romanæ : atque in ea primum ad Romuli leges. in his probat Dionysius Halicarnasseus lib. 2. quasi sapienter & utiliter factum , quod is civibus suis imposuit necessitatem tollendi omnem virilem prolem , & e filiabus eas quæ primogenitæ essent : tum , quod præterea vetuit , id quod natum esset , ante triennium occidi : nisi si quis infans in ipso partu editus esset mutilus , aut monstrosus. tales enim fœtus Romulus , quia pro liberis eos non habebat , exponi a parentibus minime vetuit : modo , si prius ostensi essent quinque vicinis proximis ; atque illi quoque exponendos esse censuissent. postremo ait Dionysius , quod , si qui contra fecisse diceren-

tur , eos Romulus certæ obligavit pœnæ : eaque pœna fuit cum alia , tum publicatio partis dimidiæ bonorum. Verba Dionysii si quis considerare velit , apposui : sunt autem hæc. Romulus igitur his institutis civitatem instructam & ornatam , tam ad pacem , quam ad res bellicas , satisabilem & idoneam reddidit : eamque hæc ratione & magnam & frequentem fecit. Primum quidem ejus colonis necessitatem imposuit educandi omnem virilem prolem , & e filiabus eas quæ primogenitæ essent , & vetuit , ne ullum fœtum triennio minorem necarent , nisi si quis infans mutilus aut prodigiosus statim in ipso partu editus fuisset. Nam non vetuit istiusmodi monstrosos partus a parentibus exponi : dummodo eos prius ostenderent quin-

que vicinis proximis, si ipsi id comprobarent. In eos vero qui contra leges istas fecissent, multas statuit, cum alias, tum etiam hanc qua dimidium bonorum qua illi possiderent, erario addixit.

Illud æque observandum, quod eam Romuli legem, etsi neque ipsam valde justam atque humanam, deinde Decemviri confirmarunt in Duodecim Tabulis. Id enim intelligitur ex illo Ciceronis, lib. 3. De legibus, Deinde cum esset cito necatus, tanquam ex XII. Tabulis insignis ad deformitatem puer. Ad easque Tabulas respicit Seneca, filius, lib. 1. De ira c. 15. cum, Portentosos, inquit, fœtus extinguimus, liberos quoque si debiles monstrisque editi sunt, mergimus. Et non filius tantum, sed pater quoque, lib. 5. Controv. 33. his verbis. Nascuntur quidam aliqua parte corporis multati, infirmi, & in nullam spem idonei quos parentes sui projiciunt magis, quam exponunt.

Igitur visum fuit Romulo & Decemviris, etsi non eum qui Thebanis, nec hunc qui Lycurgo placuit, tamen aliquem impietati finem ponere. cæterum aperta ei per legem fenestra, ut sit, longius mali perrexerunt mores. Non enim filias primogenitas a sequentibus, neque filios a filiabus, distinxerunt; ac neque infirmos aut portentosos tantum, quod & Romulo & Decemviris fuit consilium; sed integros quoque qui parentibus oneri futuri viderentur, vel eis ob sexum, aut conjugis odium, aut aliquod omen, aut aliter, displicerent, exponi, abjici, aut necari, passi sunt. Nec defuit immanitati causa aut potius color. ea causa atque is color fuit: quod partus nondum editus l. 9. §. 1. D. Ad legem Falcidiam, amplius recens natus, nisi nutricis opera intervenisset, vulgo non haberetur homo. Eam causam adfert Philo Judæus, De vita Moysi, cum Moysi parentes in filii expositione ita loquentes facit, puto, ex seculi sui sensu, Debueramus recens natum exponere; quando priusquam nutricis intercedat officium, vulgus vix habet pro homine. Sic vulgus: sed a Philosophis, etsi non omnibus. Apud Plutarchum certe, De placitis Philosophorum lib. 5. c. 15, cum quæritur, an fœtus in utero animal sit, Plato animal censet, quia & moveatur in utero & alatur. Stoici partem ventris, non animal: utque fructus, qui stirpium partes sunt, ubi maturuere defluunt: ita rem quoque habere de fœtu. Empedocles fœtum non esse quidem animal, spiritu tamen præditum in utero. primam autem animalis respirationem fieri, cum partu editur, decedente humore qui est in fœtu, & in exhausti locum succedente in vasa reſerata aëre externo. Diogenes inanimata nasci animalia, sed cum calore: atque insitum calorem simul atque natum est animal, animum in pulmones attrahere. Herophilus naturalem fatui in utero, non animale motum permittit, motusque causam edit nervos. animalia autem tum demum fieri, cum ex utero effusa aliquid aëris accipiunt.

Sed qualiscumque fuerit ea ratio: placuit Populi Romani moribus adversus legem Romuli & Duodecim Tabularum, parentibus jus esse, liberos sanguinolentos, si eis videretur, tollere: sin minus, exponere aut necare sine discrimine: valueruntque hi mores temporibus Principū, sub quibus floruerūt Jurisconsulti, ex quibus excerpta sunt Pandectarum Fragmenta. Usus certe his fuit Cæsar Augustus; cum apud Suetonium, Octavio c. 65. Ex nepte Julia, post damnationem, editum infantem agnoscere aliquæ vetuit. Nec tantum Cæsar; sed & privati. Suetonium audi, Caligula c. 5. Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversa

Noodt Operum Tomus I.

Deum ara, Lares a quibusdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expositi. Nec alius fuit Tacito animus; cum Judæorum, Germanorumque, res exponens, lib. 5. Histor. c. 5. & De situ, moribus, & populis Germania c. 19. neque Judæis, neque Germanis, in more positum fuisse scriberet, Numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare; quam quod suis civibus se rem novam, ac dignam admiratione, annotare existimaret? id vero ineptum fuisset, si apud Romanos idem tum, quod apud Germanos, Judæosve, jus fuisset: Non dissimilis fuit ratio Q. Curtii lib. 9. c. 1. de regno Sophitis ita scribentis, Gens, ut barbari, sapientia excellit, bonisque moribus regitur. genitos liberos non parentum arbitrio tollunt aluntque: sed eorum, quibus spectandi infantium habitum cura mandata est. si quos insignes aut aliqua membrorum parte inutiles notaverunt, necari jubent. Factum igitur Romæ utentium consuetudine, ut pro jure Romuli, & XII. Tabularum, duro atque inhumano, deinde jus multo adhuc durius atque injustius surreperet. Ac nescio, an hoc sensu Tacitus d. c. 19 postquam dixit, apud Germanos, Numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare, flagitium haberi, mox subjiciat, Plusque ubi bonos mores valere, quam alibi bonas leges. Aut enim me fallit conjectura, aut ad leges Romuli, & XII. Tabularum, intendit: quas bonas vocat; non quod omnino essent tales, sed quod meliores essent moribus pessimis, post eas inscritis. Sed quod de utrisque dixi, apertius ostendit Tertullianus, Ad nationes lib. 1. c. 15, quum de sua ætate (quæ incidit in Septimii Severi principatum: tum enim id scribit opus) fere ita loquitur, Non aliter vos quoque infanticida qui infantes enecantes legibus quidem prohibemini, sed nulla magis. . . . es tam impune tam secūre sub omnium conscientia unius & . . . tabellis eluduntur. Sed nec eo distant, si vos non ritu sacri, neque . . . tis. atquin hoc asperius, quod frigore aut fame aut best . . . tis, aut longiore in aquis morte semergitis. Mutilus locus est: sed, quid velit, claret. Christianos enim defendit adversus vulgarem Gentilium calumniam, a quibus Christiani fiebant rei infanticidii specie religionis commissi. Eam autem calumniam quo fortius infringat Tertullianus; ait, infanticidii crimen, si quod cadat in Christianos, in his inique puniri a Gentilibus: qui, quamvis legibus quas esse Romuli, & XII. Tabularum dixi, prohibeantur necare infantes recens editos; tamen quotidie eos necent impune & secūre, legibus illis delusis atque abrogatis tabellis, seu suffragiis, unius orbis: sic enim legendum; nisi cum Doctissimo Viro, Jacobo Gothofredo, malis, unius ætatis. Atque hoc eo adhuc iniquius esse, Tertullianus ait: quod Christiani dicuntur, infantem necare ad usum rei sacræ, & ob id religionis sive errore, sive veneratione, excusandi sunt. Gentiles autem nullam habent exculationem; quia infantem neque ritu sacri, neque Diis, necant; sed arbitrio suo. Postremo interest, quod Christiani infantem interficiunt sine notabili crudelitate: Gentiles autem cum infantem exponunt, asperius eum necant: nempe frigore, aut fame, aut bestiarum laniatu, aut longiore in aquis morte. Unde effici, ut iniquum sit, Christianos a Gentilibus puniri ob id quod Gentilium moribus plane impunitum licitumque sit. Superiori Tertulliani loco in summa par est sequens ex ejus Apologetico adversus Gentes c. 1x. Sed quoniam de infanticidio nihil interest, sacro an arburio perpetretur,

Tt 2

(licet

(licet de parricidio interfuit) convertar ad populū. Quot vultis ex his circumstantibus, & in Christianorum sanguinem hiantibus, ex ipsis etiam vobis iustissimis & severissimis in nos Præsidibus apud conscientias pulsem, qui natos sibi liberos enecent? Si quid & de genere necis differt. Utiq; crudelius in aqua spiritum extorquetis, aut frigori & fami & canibus exponitis. Ferro enim morietas quoque major optaverit. Nobis vero homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est, prohibere nasci; nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est & qui est futurus. Etiam fructus omnis jam in semine est. Obscurus locus est sed illustrabo. Tertullianus Populi appellatione designat Gentiles; & adversus illos ut superiore, sic hoc, loco defendit Christianos, infanticidii in sacris & suspectos, & puniri solitos: sed putat, in his id puniri eo injustius, quod a Gentilibus etiam sine sacris impune admittitur: nam eos publicis moribus subnixos, quamvis impie apud conscientiam, tamen infantes recens natos, pro arbitrio licite enecare, non dicam ferro, quod sit levius; sed quod crudelius in expositione est, aqua, frigore, aut canum laniatu. hoc porro jure uti, non hos de infima plebe, sed totum Populum, in eoque etiam honestissimos, finge Præsides, ipsos visos iustissimos & leverissimos, cum in Christianos, quasi infanticidas, etsi infontes injuria animadvertunt. nam Christianos ab omni hominis cæde, tamquam a Deo semel prohibita, abstinere: usque adeo, ut non modo non necent infantes jam natos; sed ne conceptos quidem materno utero, & adhuc informes, sibi dissolvere, salva pietate, licere existiment: utcumque vel id impune publico jure permittatur: hoc prætextu, quasi infans, nondum editus, nondum homo sit. nam rerum naturam contemplantibus magis, quam popularem opinionem, esse homicidii festinationem, prohibere nasci; nec referre, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. hominem quippe esse, & qui est futurus: quemadmodum fructus omnis jam est in semine. Sic Tertullianus. Quid Lactantius? is lib. 6. Divin. instit. c. 20. postquam complura enarravit apud homines licita, sed Christianis illicita; qualia sunt interesse spectaculis publicis, item militare quæstus causa, se occidere, & accusare aliquem criminis capitalis; deinde opinatur, in eodem numero esse infantum sanguinolentorum necem expositionemque; nam utram-

que apud Christianos ex eorum disciplina æque impiam ac sceleratam haberi: quamvis moribus publicis licitam. Verba Lactantii quia complura sunt, adscribam contracta: sunt autem hæc post alia. Non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum prohibet, quod ne per leges quidem publicas licet: sed ea quoque ne fiant monet, quæ apud homines pro licitis habentur. ita neque militare justo licebit, cujus militia est in ipsa iustitia: neque vero accusare quemquam crimine capitali, quia nihil distat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occisio ipsa prohibetur. Itaque in hoc Dei præcepto nullam prorsus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem, semper sit nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis existimet, ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima est impietas. ad vitam enim Deus inspirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod sit facinus quo manus suas non polluant, rudibus adhuc & simplicibus animis abnegant lucem non a se datam. Expectet vero aliquis, ut alieno sanguini partant, qui non parcunt suo. Sed hi sine ulla controversia scelerati & injusti. Quid hi quos falsa pietas cogit exponere? Non possunt innocentes existimari, qui viscera sua in prædam canibus objiciunt, & quantum in ipsis est, crudelius necant, quam si strangulassent. Quis dubitet, quin impius sit, qui aliena misericordia locum non tribuit? qui etiam, si contingat ei quod nolit, ut alatur, addixit certe sanguinem suum vel ad servitutem vel ad lupanar. . . . Tam igitur nefarium est exponere, quam necare. Sic Lactantius: clare ostendens, hæc a Christianis, haberi nataria: cum in Foro publice licita atque impunita sint. Nec aliter idem in Epitom. Divin. inst. c. 6. verbis sequentibus: Vetus præceptum est, non occidere. quod sic accipi debet, non tamquam jubeamur ab homicidio tantum, quod etiam legibus publicis jubetur, manus abstinere. Sed ne jussione interposita, nec verbo licebit periculum inferre, nec infantem necare aut exponere, nec se ipsum voluntaria morte damnare.

Sed apparet, moribus adversus XII Tabulas fuisse datum non dicam patri, sed parentibus; (nam & matris meminit Scævola l. 29. D. de manumissis testamento, & Quintilianus Declam. 306.) ut, si vellent, possent, tollere sanguinolentos liberos: sin exponere, aut necare, mallent, non punirentur: eosque mores temporibus Jurisconsultorum quorum centonibus constat Pandectarum corpus, sine exceptione viguisse.

C A P U T III.

Eos mores non videri expunctos Senatusconsulto Planciano, neque altero quod dicitur tempore Divi Hadriani factum, neque Rescripto Divorum Fratrum, neque Edicto Prætoris, neque remedio quod majori trimo extra ordinem indulgetur.

NEc est quod quis hic ad Senatusconsultum, cum Plancianum, tum alterum quod sit tempore Divi Hadriani factum, provocet; iisque sublatam esse tantæ impietatis enormitatem opinetur. Non enim ita est: ac quantum ad prius Senatusconsultum, id est, Plancianum, attinet, ejus sensum Ulpianus l. 1. §. 1. D. de agnoscendis & alendis liberis exprimit sequentibus verbis. Permittit igitur mulieri, parentive, in cujus potestate est, vel ei, cui

mandatum ab iis est, si putet prægnatem, denunciare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito, vel parenti, in cujus potestate est, aut domum denunciare, si nullius eorum copiam habeat. Et §. 4. Poena mariti ea est, ut nisi aut custodes præmiserit, aut contra denunciaverit, non esse ex se prægnatem: cogatur maritus partum agnoscere; & si non agnoverit, extra ordinem coercetur. Atque hoc quoque Senatusconsulto comprehensum fuisse, apparet

paret ex §. 12. d. l. 1. Significat autem Ulpianus, Planciano Senatusconsulto contineri : ut facto divortio mulier, parensve in cuius potestate est, vel is cui mandatum ab iis est, si putet prægnantem, possit intra dies triginta denunciare ipsi marito, vel parenti in cuius potestate sit, aut ad domum, si nullius eorum copiam habeat; & maritus, nisi custodes præmiserit, aut contra denunciarit, non esse ex se prægnantem, cogatur partum agnoscere; & si non agnoverit, extra ordinem coërceatur. Id vero non sic accipiendum, quasi maritus, qui neque custodes præmiserit, neque contra denunciarit, non esse ex se prægnantem, postquam ei ab uxore denunciatum est, se prægnantem ex eo esse, a Præfecto Urbi cuius tum in Urbe merum imperium erat l. 1. pr. & §. 4. D. de officio Præfecti Urbi, corporaliter castigetur : (hoc enim nusquam dicitur) sed quasi a Prætoris qui imperium non merum, sed mixtum, habebat, neque de criminalibus, sed de civilibus, causis cognoscebat l. 1. §. ult. l. 2. D. de suspectis tutoribus, civiliter coërceatur ejus remediis, hoc est mulctæ dictione, & pignoris captione, id enim indicat cum Inscriptio d. l. 1. D. de agnoscendis & alendis liberis, quæ est ex Ulpiani lib. 34. Ad Edictum, tum ipse in primis Ulpianus l. 1. §. 3. D. de ventre inspiciendo. Atque hæc est poena illa denunciati, cuius sit mentio in l. 9. C. de patria potestate : ubi vulgo scribitur, poena denunciata ; sed, quod jam observavit Doctissimus interpretes, Jacobus Cujacius lib. 19. Observ. c. 40. legendum denunciati, id est, viri admoniti, sive cui denunciatio facta est : ut in l. 29. D. de judiciis. Hoc priore cavebatur Senatusconsulto. Quid posteriore ? ait Ulpianus l. 3. §. 1. D. de agnoscendis & alendis liberis. Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus D. Hadriani factum est, Ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur. Ulpianus vult, eo Senatusconsulto cautum fuisse; ut, etiam si constante matrimonio editus sit partus, de eo agnoscendo possit agi. Loquebantur igitur illa Senatusconsulta de agnoscendis a patre infantibus, qui ab eo, invita matre, aut constante, aut soluto, matrimonio, liberi esse negabantur. Sed (quod observat Ulpianus l. 1. §. 1. D. de inspiciendo ventre, & confirmat Rescripto Divorum Fratrum quod est in pr. ejusdem loci) ea Senatusconsulta locum non habuere, si mulier dissimularet, se prægnantem vel negaret : addita ratione, quæ ratio est, quod partus antequam edatur, mulieris est, vel viscerum. Et ideo, cum incidisset temporibus Divorum Fratrum, ut maritus quidem prægnantem mulierem diceret, uxor negaret, Principes in necessaria causa subvenire d. l. 1. §. 1. dum

Valerio Prisciano, Prætori Urbano, rescripserunt in hæc verba d. l. 1. pr. Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori quæ ab eo diverterat, & se non esse prægnantem profiteatur, custodem apponat : & ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium & remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissime fœmina domum, in quam Domitia veniat : & ibi tres obstetrices, probata & artis & fidei, quæ a te assumptæ fuerint, eam inspiciant : & si quidem vel omnes, vel duæ renunciaverint prægnantem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset : quod si enixa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere ; ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris injuriam : si autem vel omnes, vel plures, non esse gravidam, rennunciaverint, nulla causa custodiendi erit. Sed & hoc Rescriptum, cum ad Prætorem Urbanum sit, non aliam, quam Prætoriam, id est civilem, coërcitionem quæ mulctæ dictione & pignoris captione finitur, continet d. l. 1. §. 3. Ego nec illud omitendum censeo, quod, si inter parentes conveniret de abjiciendo exponendoque partu, quia filebant Senatusconsulta, non videntur parentes ad eum tollendum alendumve superioribus Senatusconsultis jure cogi potuisse. Verum Edicto perpetuo quod factum est Hadriani jussu, proposita est præjudicialis actio de agnoscendo partu : ut Justinianus refert §. 13. Inst. de actionibus. Præterea concessum filio, sed majori trimo, & adeo jam lacte depulso, vel certe alii ejus nomine, ut intelligitur ex l. 9. C. de patria potestate, petere a Judice, id est, Consulibus, (sic enim Judicem interpretor in l. 5. D. de agnoscendis & alendis liberis, quia desumpta est ex Ulpiani lib. 2. De officio Consulis) concessum, inquam, est filio, majori trimo, vel alii ejus nomine, a Judice, sive a Consulibus, petere, ut alimenta ei ex bonis patris decernantur d. l. 5. ac si pater eum alere detrectet, alimenta ei pro modo facultatum constituentur : & si ea non præstet pater, pignoribus captis & distractis cogetur sententiæ satisfacere d. l. §. 10. Atque ea remedia de quibus dixi, pleraque enumerant Imp. Diocletianus & Maximianus l. 9. C. de patria potestate ; & ex his inferunt, nulli liberum esse, negare filium. Verba Imperatorum apposui : sunt autem hæc. Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciati poena, (sic enim legendum esse, modo monui) item præjudicium Edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant.

CAPUT IV.

Ea, & similia, remedia fuisse civilia ; & ad vindicandum crimen minime pertinuisse. Ipsa, nec alia, sub Paganis Imperatoribus viguisse. Expliciti præsertim Imp. Diocletianus & Maximianus l. 16. C. de nuptiis.

Sed qualiacumque ea fuerint judicia, non criminalia, sed civilia, fuere. in quibus non id Veteribus negotium fuit ; ut exposito partu, vigor publicæ disciplinæ vindicaretur ; sed ut privatae partus uti-

litati necessitate educationis consuleretur. Ita, si nihilominus videretur parenti exponere vel necare infantem sanguinolentum ; adhuc nulla apparet nova poena qua tam notabile seculi vitium emendare-

daretur: ea quæ a Romulo & in Duodecim Tabulis olim fuerat constituta, per desuetudinem oblitterata.

Sed id, ut ostendi *capite 11*, sub Septimio Severo, testatur Tertullianus *lib. Ad nationes*, item *Apologetica adversus gentes c. ix.* tum ante illum sub Antonino Pio ostendit Justinus Martyr, *Pro Christianis apologia secunda ad Antoninum Pium, pag. 70. & 71. editionis Parisiensis anni 1636. apud Morellum.* Nec minus Apulejus *lib. x. Metamorphos.* apud quem Pater peregre proficiscens, mandavit uxori suæ matri ejusdem juvenis, quod enim sarcina pragnationis oneratam eam relinquebat, ut si sexus sequioris edidisset foetum, protinus quod editum esset, necaretur. Rursus Minucius Felix, *Octavio c. xxx.* Vos enim video procreatos filios nunc feris & avibus exponere, nunc adstrangulatos misero mortis genere elidere. Et mox *c. xxxi.* Dum etiam dominatos aliena misericordia frequenter exponitis. Forte longius excurro, demonstraturus Veterum testimoniis, post Senatusconsulta de quibus dixi, adhuc impunitam atque adeo licitam fuisse infantum & necem & expositionem. Addam tamen Scævola *l. 29. D. de manumissis testamento.* verba Scævola, Uxorem pragnantem repudiaverat, & aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublevis ab alio educatus est, nomine patris vocitatus. usque ad vitæ tempus patris, tam ab eo, quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre, testamentoque ejus, quo filius neque heres institutus sit, recitato, filius & a matre & ab avia paterna agnitus, hereditatem patris ab intestato, quasi legitimus possidet. Titius cum repudiasset uxorem pragnantem, mox aliam duxit, prior filium peperit, & editum exposuit, ut videtur, odio mariti. is maritus moritur. mater agnoscit filium quem exposuit. etiam agnoscit eum paterna avia. filius, quia patris testamento neque institutus reperitur, neque exheredatus, ei heres fit ex lege ab intestato. Nulla criminis materni mentio, nulla accusationis, nulla pœnæ. cur ita? nimirum, quia adhuc licita atque impunita parenti eo tempore erat expositio. Scævola jungam Imperatores, Diocletianum & Maximianum *l. 16. C. de Nuptiis:* qui, Patrem, inquirunt, qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumptibus & labore (tuo) factam,

matrimonio conjungi filio tuo desideratis, favere voto convenit: qui si renitatur, alimentorum solutioni (in hoc solummodo casu) parere debet. Pater filiam suam exposuit. eam Rhodo quidam ad quem rescriptum est, cum suscepisset, suisque sumptibus, ac labore, ad ætatem adultam & nubilem eduxisset, filio suo uxorem destinat: sed ejus voto intercedit alumnae pater, suam agnoscens filiam. An jure, quæritur? Rescribunt Imperatores, Diocletianus & Maximianus, oportere quidem patrem, quum filiam suam agnoscit, favere voto educatoris qui ab illo abjectam suis sumptibus, suoque labore, servavit: sed nolentem honestati cedere, quod humilitati paupertative educatoris, qui suo labore, ut videtur, vitam tolerabat, vel opes vel generis fortunam præferat, legibus non cogi: imo habere jus suam recipiendi filiam, modo si alimentorum solutioni pareat; (id est, si, quod Cujacius alibi observat *lib. 25. Observ. c. 15.* educatori alimenta restituat) atque ad eorum solutionem in hoc solummodo casu, quo filiam repetit, educatori teneri. Quod si est; apparet, patrem qui filiam exposuit & adultam reperit, restituisse educatori alimentis, adhuc facere rem unicuique jure publico licitam. Ac nescio, an faciat huic definitioni sequens Quintiliani locus qui est *lib. 7. Inst. orat. c. 1.* Quadam scholasticis ponuntur ad conjungendam actæ rei seriem: ut, Pater expositum qui agnoverit, solutis alimentis recipiat. Minus dicto audientem filium liceat abdicare. Qui expositum recepit, imperat ei nuptias locupletis propinqui: ille ducere vult filiam pauperis educatoris. Lex de expositis ad affectum pertinet. judicium pendet ex lege abdicationis. Sic Quintilianus: quem eo lubentius apposui; quia non me præterit, esse insigni fama atque eruditione Jurisconsultos qui inducti auctoritate Jacobi Cujacii, Paratit *l. C. de infantibus expositis*, censeant, Impp. Diocletianum & Maximianum in *d. l. 16.* agere de patre, non qualicumque, sed qui sanguinolentam filiam egestate & fame compulsus, in publico exposuerit; talemque a graviore pœna necessitate excusari: sed, si ea nulla expositioni causam præbuerit, contra dicendum esse. Frustra eam enim interpretationem, ne quid dicam de ipso Diocletiani & Maximiani Rescripto in quo nihil tale quod illi volunt, clare refellit Quintilianus.

C A P U T V.

Etiam sub Christianis Imperatoribus, & nominatim sub Constantino, fuisse licitam impunitamque infantum expositionem.

Sed non tantum sub Paganis Imperatoribus perduravit hæc consuetudo; si sic appellanda est immanis impietas: sed, quod magis miretis, etiam sub Christianis. ab his enim etsi aliquando, tamen non statim, mutata est. Nempe quia, ut ille ait, desinit esse remedio locus, ubi quæ fuerant vitia, mores sunt. Utrique sub Constantino Julius Firmicus Maternus, *lib. 7. Matheos*, quod primum fecit caput inscripsit, De expositorum vel non nutritorum genitura; sub eoque ait, quod, pro varietate thematis, nati statim exponuntur a matribus, & expositi vel interibunt, vel ab aliis conjunguntur, & in libertatem redditi, filiorum loco nutriuntur; imo interdum a canibus laniabuntur; est etiam, ubi si qui nati fuerint, aut in mari aut in fluvio projecti, statim interi-

bunt. Et Lactantius in *Divinis Institutionibus* quas ad Constantinum scripsit, *lib. 6. c. 20.* rebus quæ apud homines pro licitis habentur, annumerat factum eorum qui recentes natos vel oblidunt vel exponunt. Viguit igitur is mos & pessimus & infandus adhuc sub Constantino; quamquam non ita, ut laudatus fuerit; tamen ut non fuerit lege prohibitus, aut punitus. id apparebit, adductis per illique legibus quæ Constantini sunt hoc in argumento. Prima est *l. 1. Cod. Theod. de alimentis* qua inopes parentes de publico petere debent. Verba hæc sunt, *Æreis tabulis, vel cerussatis, aut linteis mappis, scripta per omnes civitates Italia proponatur lex, quæ parentum manus a parricidio arceat, votumque vertat in melius: officiumque tuum hac cura perstringat, ut si quis parens adferat subolem, quam propauperrate*

peritate educare non possit, nec in alimentis, nec in veste impertienda tardetur, cum educatio nascentis infantie moras ferre non possit: ad quam rem & fiscum nostrum, & rem privatam, indiscreta iussimus præbere obsequia. Quid hic Constantinus? Detestatur & expositionem & necem sanguinolenti filii; & utramque parricidium vocat: (pariter, ut Athenagoras, *Legatione pro Christianis*, pag. mihi 38. & Lactantius lib. 6. *Divin. Inst.* c. 20.) neutram tamen punit Constantinus aut parricidii, aut qua alia, pœna; ne putes: tantum, ne pater filium elidat, exponatve, movente egestate, jubet, ei ex fisco & alimenta, & vestem, sine mora præberi. Non igitur scélus tollit, sed sceleris causam; & ipsum, quamquam parricidium lege Pompeja non sit, neque hac lege fiat parricidium, tamen genere quodam exaggerandi parricidium dicit. fere, quomodo Alexander Severus l. 12. C. *Quibus ex causis infamia irrogatur* crimen expilatae hereditatis appellat improbius furtum: cum jure civili non sit furtum, neque illo Alexandri Rescripto furtum fiat: ut infra observo capite VII. Sed, quod dico, certum est: cogitantibus præsertim, patrem ne hoc quidem tempore solitum legibus pro parricida haberi; etsi occidisset filium, jam agnitum & acceptum. id enim factum demum est. l. unic. C. *de his qui parentes vel liberos occiderunt*: hoc est, quadriennio post d. l. 1. scilicet anno 319; cum d. l. 1. sit lata anno 315. quod diligentis observationis est.

Eandem rationem idem tenuit Constantinus in l. unic. Cod. Theod. *de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*; nec in illa tantum, sed etiam in l. 2. C. *de patribus qui filios suos distraxerunt*. De utraque monebo pauca, antequam ad rem veniam. Primum est, quod V. CL. Jacobus Gothofredus suspicatur, d. l. 2. esse a Triboniano deformatam ex d. l. unica. Temere. est quidem utraque Constantini lex; sed duplex: altera ad Italos, altera ad Provinciales: altera communis comparatorum filiorum, servorumque, a sanguine; altera propria venditorum filiorum sanguinolentorum. ita sit altera cum altera non per omnia conveniens: tamen cum sint duæ ac diversæ leges; non est causa, cur altera idcirco interpolata atque (ut Gothofredus ait) deformata a Triboniano esse videatur. Verba utriusque legis, si quis noscere ea cupiat, subjeci. sunt autem hæc ex d. l. unica. Imp. Constantinus A. *Italici sœcis*. Secundum statuta priorum Principum, si quis a sanguine quoquo modo legitime comparaverit, vel nutriendum putaverit, obtinendi ejus servitii habeat potestatem: ita ut si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat, vel servum defendat, ejusdem modi alium præstet, aut pretium quod potest valere, exolvat: qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut & distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: pœna subjiaciendis iis qui contra hanc legem venire tentaverint. Hucusque d. l. unica. Ad d. l. 2. sic se habet. Imp. Constantinus A. *Provincialibus salutem*. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi ejus servitii habeat facultatem: liceat autem ipsi qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere: modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro ejusmodi præstet. Hæc verba d. l. 2. atque ipsa ex d. l. unica a Triboniano, quantum liquet, minime interpolata. Hoc primum monstrandum fuit.

Alterum est, quid in d. l. unica sit, a sanguine. id vero expediet locus pulcher ex Passione SS. Perpetuæ & Felicitatis: cujus verba apposui. Item Felicitas salvam se peperisse gaudens, ut ad bestias pugnaret, a sanguine atque ab obstetrice, ad retiarium lotura post partum baptismo secundo. Plura non addo ad d. l. unicam: cum præsertim ejus consilium ultro sit apparituum ex intellectu d. l. 2. Ad hanc monendum, quod Accursius ait, in ea pro sanguinolentes alias legi sanguinolentus: atque ipse sic mavult, sed quod jam dudum ab aliis est animadversum, legendum sanguinolentos: quomodo habere plures ac meliores libros manuscriptos, testis est Russardus. commode quoque observavit Gothofredus, id convenire Titulo Codicis Theodosiani, qui est *De his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*? Est porro sanguinolentus utroque in loco, recens natus; sive, ut est in d. l. unica, a sanguine. Juvenalis sat. 7. vers. 169. ait, talem

--- -- Primos incipientem

Edere vagitus & adhuc a matre rubentem.

Sed a verbis ad rem. Quid in d. l. 2. Constantinus? permittit filii filiaevæ sanguinolenti, id est, ut dixi, recens nati, venditionem: nec tamen semper; sed tantum ob nimiam paupertatem egestatemque victus causa. ad quid? ne alioquin pater cogatur cedere necessitati, & vel invitus occidere, abjicere, aut exponere, filium filiamve sanguinolentum quem non potest alere. Igitur neque hic Constantinus directo vetat expositionem aut eandem sanguinolenti filii filiaevæ, proposita pœna: sed, ut dixi, ejus causam atque occasionem tollit. Paulo aliter quam lege Thebana factum. Nam ea utrique occursum fuisse, Ælianus refert lib. 2. *Var. hist.* c. 7. his verbis, *Lex hæc Thebanorum rectissime & humanissime posita est, Ne cui Thebano liceat infantem exponere, capitis supplicio constituto. Verum si extrema paupertate pater laboret, sive mas sit, sive femina infans; jubet lex, eum statim a materno partu ad magistratum cum ipsis fasciis deferre: qui acceptum alicui tradat levissimo pretio, cum quo pacta & conditiones intercedunt, bona fide infantem alat, adultumque servi vel ancillæ loco habeat, sic ut pro educationis mercede operas ejus percipiat.* Sic Ælianus: ex quo apparet, legem Thebanam in hoc convenire legi Constantini: quod utraque patri in summa egestate permittit venditionem sanguinolenti filii: nempe, ne ei sit causa expositionis: sed differre in eo, quod altera expositionem palam prohibet sub capitali pœna, altera neque prohibet eam, neque punit.

Cæterum postquam Constantinus & alimenta de quibus dixi, parentibus concedi iussit, & sanguinolentorum liberorum venditionem, ob nimiam paupertatem egestatemque, victus causa indulgit; etsi nondum auderet, eorum expositionem aut necem prohibere; tamen ut alios ad expositorum susceptionem invitaret, simul parentes ab ea absterret; deinde cavit in l. 1. Cod. Theod. *de expositis*, quæ lata est anno 331. post natum Christum, ne jus esset patri filium quem exposuit, repetendi ab eo qui eum collegerit, ac suis alimentis ad robur perduxerit. Verba hæc sunt. *Quicumque puerum vel puellam, projectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit, ac suis alimentis ad rebus provexerit, eundem retineat sub eodem statu quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est, sive filium, sive servum eum esse maluerit; omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum qui servos ac liberos scientes propria voluntate domo recens natos abjecerint.* Exposui pleraque leges quas

hoc in themate tulit Constantinus ; etiam ostendi, his neque veritam, neque punitam, & ideo licitam, fuisse infantum recens natorum & expositio-

nem & necem ; eamque fuisse causam, cur in hanc parentum crudelitatem atque impietatem adhuc tantopere invehentur Christiani Scriptores.

C A P U T VI.

Primos infantum expositionem prohibuisse Imperatores, Valentinianum, Valentem, & Gratianum l. 2. C. de infantibus expositis. Quæ sit ea in lege constituta animadversio, ab Accursio, aliisque doctis viris, frustra peti ex l. 1. §. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis, item l. 9. C. de patria potestate, & l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis.

AT quod ausus non fuit Constantinus, ut videtur, vetusto jam & ideo prævalido malo, primi palam prohibuerunt Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus l. 2. C. de infantibus expositis : quæ sic scripta ad Probum P. P. Unusquisque sobolem suam nutriet : quod si exponendam putaverit, animadversioni, quæ constituta est, subjacebit. Sed nec dominis, vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem, voluntas misericordia amica collegerit : nec enim suum quis dicere poterit, quem pereuntem contempsit. Sic quidem in Codice Justiniano lex editur ; sed conflata est ex duabus, & his diversorum Imperatorum, Constitutionibus : ex quibus prior pars est Valentiniani, Valentis, & Gratiani ; posterior Honorii & Theodosii. Verum hoc mitto, quia a Russardo, Marginalibus notis, & aliis, jam observatum ex collatione l. 2. Cod. Theod. de expositis : in qua tota ea pars illis clare adscribitur. Illud magis quæri dignum ; quæ sit illa animadversio constituta quam infantum expositoribus minantur Valentinianus, Valens, & Gratianus. In primis, quia Vir Eximius, Hubertus Gifanius, ad l. 1. C. de infantibus expositis, pag. 480. Col. 2, videtur ingenue fateri, se id ignorare. ait certe, parentes non impune liberos suos exponere : quippe in d. l. 2. C. eod. tit. fieri mentionem animadversionis adversus liberorum expositionem constitutæ : sed quæ ea pœna sit, non exprimi. Accursius autem animadversionem eam extraordinariam esse suspicatur Gloss. ad d. l. 2. lit. F. additque, etiam teneri patrem, quasi occiderit filium. pro firmanda autem ea sententia adducit l. 1. §. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis, l. 9. C. de patria potestate, & l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis. Inde huc fere deveniri video : ut, quisquis infantem non occidendi animo, sed quo evitet alimentorum onus, aut quam infamiam, aut quid simile, alienæ misericordiæ aliquo celebri in loco exposuerit, tantum extra ordinem puniatur ; per l. 2. C. de infantibus expositis, l. 9. C. de patria potestate, l. 1. §. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis : si eum in flumen, in silvam, inve quam aliam solitudinem, abjecerit, aquis, fame, frigore, aut ferarum laniatu, consumendum, quia necis consilium habuit, lege Cornelia de sicariis, aut Pompeja de parricidiis, coercetur, per d. l. 4. D. eod. tit. & l. 15. D. Ad legem Cornelianam de sicariis.

Sed fuerit pretium operæ, ipsa hæc capita quorum auctoritate visum plerisque, in eam sententiam decurrere, paulo curiosius examinasse. plane enim mihi persuadeo, in his nihil minus reperiri, quam quod illi, quamquam magno numero, præ se ferunt. Sed primas dabo Ulpiano d. l. 1. §.

4. cujus apposui verba : ea verba sunt, Pœna autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes præmiserit, aut contra denunciaverit, non esse ex se pragnatem, cogatur maritus partum agnoscere : & si non agnoverit, extra ordinem coercetur. Sed frustra ea adferuntur verba : quia extraordinaria coercitio, cujus meminit Ulpianus d. l. 1. §. 4. fit ex Senatusconsulto Planciano ; & fere post denunciations de quibus supra dixi, quarum neque vola, neque vestigium, in d. l. 2. C. de infantibus expositis. Sed neque ea coercitio a Præfecto Urbis cujus in Urbe merum imperium fuit, fit in corpus patris, non agnoscens filium : sed a Præatore cujus non de criminibus, sed de civilibus causis, jurisdictio erat, fit ejus remediis, id est, mulctæ dictione, & pignoris capione : ut ex Inscriptione loci, & l. 1. §. 3. D. de ventre inspiciendo, in antecessum demonstratum est. Satis de d. l. 1. §. 4.

Venio ad d. l. 9. C. de patria potestate quam secundo loco pro sua sententia adfert Accursius. Ejus verba sunt, Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciata pœna, item præjudicium Edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum apud Præsidentem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant. Sed neque ea in lege Accursio favit fortuna Jurisprudentiæ. Nam etsi ea lex ait, non esse cuiquam liberum, negare filium ; non probatamen quod Accursius indigitat : quia in d. l. 2. non hæc quæstio est, an pater ad agnoscendum alendumque filium civiliter cogi possit vel denunciati pœna ex Senatusconsulto Planciano, & altero quod fuit tempore Divi Hadriani factum, vel præjudicio, seu præjudiciali actione, vel remedio quod, datur majori trimo, de quibus agit d. l. 9. Minime. quæ in d. l. 2. movetur quæstio, hæc est, an pater ideo quod filium sanguinolentum & nondum agnitum exposuit, abjecitve, apud Præfectum Urbis, Præsidentemve Provinciæ, criminaliter accusari puniri que possit. id vero in d. l. 9. a Diocletiano & Maximiano non dicitur ; neque illis Principibus jus fuit : ut supra ostendi. Ut enim posset civiliter cogi pater, filium & agnoscere & alere ; tamen si eum statim a partu exponeret, nulla posita fuit arbitraria pœna qua ob id coerceretur : qui aliis exemplo esset ad deterrendum maleficiū. Non igitur debuit Accursius ad interpretationem d. l. 2. uti auctoritate d. l. 1. §. 4. & d. l. 9.

Sed neque Pauli d. l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis ; etsi sic scribat, Necare videtur non tantum is qui partum perfocat : sed & is qui abjicit ; & qui alimonia denegat ; & (is) qui publicis locis misericordia causa exponit, quam ipse non habet. Non enim

enim agnoscit Paulus illam ordinariæ & extraordinariæ pœnæ differentiam, quam circa infantis expositionem faciunt Doctissimi Viri. Quin indistincte ait, partum necare qui perfocat, qui abjicit, qui alimonia denegat, denique qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet. Qui igitur possunt eorum aliqui lege Cornelia, aut Pompeja, aliqui extra ordinem, teneri, utique ex Pauli sententia? si enim putat, eos qui partum necant, Cornelia, aut Pompeja, lege puniri; æque putat, illum qui partum publico loco alienæ misericordiæ exponit, eis legibus coerceri, atque hunc qui partum perfocat; aut eum abjicit, aut ei alimonia denegat; quia ait, omnes partum peræque necare, atque hoc voluit Glossa ad d. l. 4. Quamquam nec sic ad verum acceditur: quia Paulus nullos ex his de quibus dixi, ulli adstringit pœnæ, ne legis quidem Pompejæ, aut Corneliæ. Quid, si nec potuit adstringere? quippe, cum ejus ætate, id est, sub Septimio Severo, Caracalla, & Alexandro Severo, plane impunitam licitamque fuisse sanguinolentorum liberorum & expositionem, & abjectionem, & necem, supra ostensum sit. Quod si est; apparet, *constitutam* illam *animadversionem* quam adversus in-

fantum expositionem decernunt Valentinianus, Valens, & Gratianus, in d. l. 2. timere peti a Paulo: qui de ea numquam, ne per somniumquidem, cogitavit: quia nulla erat ejus ætate; & deinde post tantum temporis intervallum deum recepta est? Ait tamen Paulus, *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet.* Optime. atque ita censebant plerique boni ac iusti viri: ut toto hoc Opere intelligitur. quin Constantinus, & Athenagoras, ut jam capite V. ostendi, ea in specie etiam *parricidium* dicebant. Sed licet sic optime disputet Paulus, tamen male illi qui hinc collegerint; Si necare Paulo videtur non tantum is qui partum perfocat, sed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet: fuit igitur infantis & cædes, & abjectio, & expositio, Pauli tempore punita aut homicidii, aut parricidii, pœna. Nihil enim ineptius, nihil magis a vero abhorret: etsi non inficiet, tale argumentum quod ex Pauli verbis hic videatur aliqualis ducere consequentia, hætenus qualem qualem veri speciem induere.

CAPUT VII.

In exponendis Veterum monumentis frequentissima Viris, etiam Eruditissimis, esse argumenta a consequentia: sed fallacissima esse, & evitanda his qui ad laudem veræ eruditionis adspirant, exemplis pulcherrimis demonstratum: simul expedita quadam, atque eadem intricata, Juris Civilis capita.

Sed nescio, an quod frequentius Interpretibus, non modo de plebe, sed etiam majorum gentium, sit argumentum, quam quod desumitur a consequentia rationis aut dicti quo usus sit quis Vetus Auctor: atque interim nullum est quod imprudentes æque fallat; & cum ex vero ac probabili colorem ferat, magis præter Auctoris mentem ducatur. Id, nisi grave cuiquam sit, paucis, sed pulchris, exemplis demonstrare constitui: ut aliquanto certior fiat Pauli sententia: simul appareat, eis qui ad eruditionem, illam justam ac masculam, bona emittuntur fide, in exponendis Veterum Auctorum scriptis deinceps parcendum esse argumentis tam levibus & fallacibus.

Primum sumam ex Virgilio: apud quem Juno Juturnam sic alloquitur lib. XII. *Aeneid. vers. 142.*

Nympha decus fluviorum animo gratissima nostro,

*Scis, ut te cunctis unam, quæcunque Latina
Magnanimi Jovis ingratum adscendere cubile,
Prætulerim.*

Ait Juno, se Nymphis cunctis quas amaverit Jupiter, Juturnam prætulisse: perinde quasi omnes in honore habuerit amores Jovis. id vero non ita esse constat, & in Notis observat Servius: cujus adscripti verba; atque eo lubentius, quia præterea attulit locum ex Sallustio æque pulchrum, & ad rem accommodatum. Verba Servii. *Lipotes figura per contrarium. plus enim dicit & minus significat. namque alias omnes est persecuta: huic vero libenter indulgit. Et dicit se hanc omnibus*

prætulisse: quasi etiam alias in honore habuerit. ergo ideo hoc dicit, ut tollat causam quam potuit Juturna habere suspectam. Sane hæc figura est, ut illud Sallustianum, Mare Ponticum dulcius, quam cætera: cum nullum dulce sit.

Alterum exemplum atque idem superiori, habet Ulpianus l. 4. D. de curatoribus furioso & aliis extra ordinem dandis: cum sic infit, *Furiosæ matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, aqua debetur.* Primo ad spectu videtur velle, quod Civili Jure aliqua matris est in liberos potestas, quamquam non tanta, quanta est patris: quia inæqualis eorum potestas est. At hoc nemo Veterum dixit: ne Ulpianus quidem. quin is l. 4. D. de his qui sui vel alieni juris sunt sic scribit, *Qui ex me & uxore mea nascitur in mea potestate est.* Et Justinianus § 10. Inst. de adoptionibus negat, fœminas adoptare posse: & addit rationem; ea ratio est, quia nec naturales liberos in sua potestate habent.

Tertium exemplum apponam ex l. 12. C. Ex quibus causis infamia irrogatur. Verba hæc sunt. *Si te expilasse hereditatem sententia Præsidis constiterit, non ex eo quod non & alia pœna tibi irrogata est, furti improbioris infamiam evitaſti.* Alexander expilatæ hereditatis crimen vocat *furtum*, & *improbium*. Ineptus tamen fuerit qui hinc colligat, ergo id crimen esse furtum Jure Civili: ex eoque furti agi. hoc enim procul vero esse, liquet ex Ulpiano l. 2. D. Expilatæ hereditatis. Verba Ulpiani, *Si expilatæ hereditatis crimen intendatur, Præses provincia cognitionem suam accommodare debet:*

debet : cum enim furti agi non potest , solum superest auxilium Praesidis. Sed & Paulus *l. ult. D. eod. tit.* sic scribit , *Rei hereditaria furtum non fit , sicut nec ejus qua sine domina est.*

Quartum exemplum est in *l. 2. C. Rerum amotarum* : in qua ita rescribunt Diocletianus & Maximianus. *Divortii causa rebus uxoris a marito amotis , vel ab uxore mariti , rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio.* Et causantur , *Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis , neque famosa , actio competit , sed de damno in factum datur actio.* An igitur actio rerum amotarum & poenalis & famosa est Civili Jure ? cave , putes. non enim poenalis est , quia licet ex delicto nascatur ; tamen rei persecutionem continere , Paulus docet *l. 21. §. 5. D. eod. tit.* sed nec famosa est : quia , ut Gajus ait , rerum amotarum actio condictio est *l. 26 D. eod. tit.* cessat autem ignominia in conductionibus , quamvis ex famosis causis pendeant *l. 36. D. de obligationibus & actionibus.* Quid ergo volunt Diocletianus & Maximianus *d. l. 2. C. rerum amotarum* ? quod marito rebus amotis re vera furtum fit ab uxore *l. 21. §. ult. l. 29. D. eod. tit.* etsi in honorem matrimonii leniore uramur vocabulo : cum autem poenalis & famosa furti actio marito adversus uxorem , constante matrimonio , negetur *l. 1. §. 2. D. eod. tit. l. 52. §. 1. & 2. D. de furtis* ; idcirco ei ne rerum quidem amotarum actio adversus uxorem , constante matrimonio , datur : quia ea actio , etsi famosa non fit Civili Jure ; tamen re ipsa & opinione gravium virorum pro famosa habetur. in quem autem famosa actio non permittitur , in eum nec illa comperit quae re ipsa & estimatione hominum bonorum & gravium non evitat infamiae notam : etsi Civili Jure non habeatur famosa : ut apparet ex *l. 2. l. 5. l. 7. pr. §. 1. & seqq. D. de obsequiis parentum.*

Quintum exemplum , atque ipsum insigne , est in *l. 7. C. Ut in possessionem legatorum* : qua sic insit Alexander. *Scire debetis , fideicommissi (quidem) & legati satisfactionem remitti , Divum Marcum , & Divum Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratus , cui ususfructus relictus est , utatur fruatur : minime satisfactionem remitti testamento posse.* Quia negat Alexander , priorem fructuariae satisfactionis clausulam quae est , *Fructuarium usum fructuum arbitratu boni viri* , testamento remitti posse ; nec verbum addit de posteriore clausula quae est , *Restitutum se , finito usufructu , id quod ex re fructuaria extabit* : idcirco visum fuit eruditissimis hominibus , sic eum accipere ; quasi nolit , priorem ejus cautionis clausulam a testatore remitti ; sed posteriorem remitti , non prohibeat. At hanc collectionem perperam fieri existimo : quia neque ratio juris eam fert , neque Alexandri sententia. Fuerit tanti , utramque vidisse. Quod ad jus attinet : certa res est. nam Praetor , si cuius rei usufructus legatus sit , voluit , legatarium de utroque cavere ; & usum fructuum se boni viri arbitratus ; & , cum usufructus ad eum pertinere desinet , restitutum quod inde extabit *l. 1. D. Usufructuarius quemadmodum caveat* , quod si non satisfder fructuarius ; praeterea promissit Praetor , actionem ei non dare *l. 13. D. de usufructu* , nec refert , utrum fructuario remissa testamento cautio sit , sive tota , sive ex parte , eaque priore , aut posteriore ; an non sit. non enim distinguit Praetor : & quamquam pro lege servetur testatoris voluntas *l. 120. D. de verborum significatione* , quando a legibus non abhorret ; tamen quoties illis adversatur , pro lege

non habetur *l. 55. l. 112. §. pen. D. de legatis lib. 1.* Quod si est , efficitur : ut , si testamento fiat remissio fructuariae cautionis , sive totius , sive pro parte , priore , vel posteriore , ea quia Edicto repugnat , ratione juris improbetur. At necdum securae ab Alexandro res sunt. Toto erras caelo : is Imperator rescribit veteri convenienter juri. Ain' tu ? In rem praesentem veni : senties. Consulebat Alexandrum Proculianus , (ad hunc enim rescriptum est) an testamento remitti posset satisfactio fructuaria , quam Alexander (ut mox ostendam) vocat satisfactionem , *Ut boni viri arbitratus cui ususfructus relictus est , utatur fruatur.* Quaestio causa erat , quod D. Marcus & D. Commodus , satisfactionem quam Praetor legati aut fideicommissi servandi causa ab herede praestari jubet *l. 1. D. Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur* , ei a testatore remitti passi sunt *l. 2. Cod. eod. tit.* Haec quaestio. ad eam rescripsit Alexander , Proculianum scire oportere , quod a remissione cautionis quae legati vel fideicommissi servandi causa ab herede praestanda est , non valet argumentum ad remissionem cautionis , *Ut boni viri arbitratus cui ususfructus relictus est , utatur fruatur.* Quam ob rem ? quia de remissione cautionis fideicommissi vel legati servandi causa D. Marcus & D. Commodus nominatim constituerunt : de remissione autem cautionis , *Ut boni viri arbitratus cui ususfructus relictus est , utatur fruatur* , neque illi rescripserunt , neque alii. manet igitur ea cautio sub Edicti regulis a quibus excepta non est : ac , quamquam ex Marci & Commodi Constitutionibus remitti possit satisfactio legati aut fideicommissi servandi causa ; tamen satisfactio , *Ut boni viri arbitratus cui ususfructus relictus est , utatur fruatur* , minime potest remitti. Sic Alexandrum interpretor ; atque eum integram fructuariae cautionis formulam primis ejus verbis designare : usitata Veteribus ratione ; sed , quia ab Interpretibus parum observata , pauca apponam exempla. Primum dabit Ulpianus : apud quem in *l. ult. D. Usufructuarius quemadmodum caveat* sic legimus , *Si vasorum (ipsorum) ususfructus relictus sit , non erit cautio Senatusconsulti necessaria ; sed illa sola , Boni viri arbitratus usum fructuum.* Significatur autem , vasorum relicto usufructu , non cautionem quasi usufructus desiderari : sed illam quae est veri , cuius initium est , *Boni viri arbitratus usum fructuum.* Similiter in *l. 13. D. de usufructu* extat , *Si usufructus legatus sit , non prius danda actionem usufructuario , quam satisfderit , se boni viri arbitratus usum fructuum.* pro , non prius , quam fructuariam cautionem praestiterit. Nec tantum Ulpianus , sed & Imperator Alexander , is cuius sententiam quaerimus , eam formulam a priore ejus parte appellat *l. 4. C. eod. tit.* cum sic rescribit , *Usufructu constituto , consequens est , ut satisfactio boni viri arbitratus praebeatur ab eo ad quem id commodum pervenit , quod nullam lesionem ex usu proprietati adferat.* Evenit & alibi , ut a primis Edicti verbis quo interdictum aut actio proponitur , actio aut interdictum appelletur : & exemplum in *l. 1. D. Quod legatorum* : in qua Ulpianus , *Hoc* , inquit , *interdictum vulgo* Quod legatorum appellatur. Unde , nisi a primis Edicti verbis quae sunt in *§. 2. ejusdem loci* ? Et in *l. 1. §. 12 D. Quorum bonorum* insit , *Hoc interdictum* Quorum bonorum appellatur. nempe a primis Edicti verbis quae sunt in principio ejusdem capitis. Sed & certi condictio vocatur , actio *Sic certum petetur l. 1. D. de conductione triticiaria.* Unde ,

nisi a primis Edicti verbis quo promissa a Prætoris hæc actio fuit?

Addamne & sextum exemplum ex Gajo l. 6. D. de transactionibus? addam; maxime, quia in superioribus res tantum cum Interpretibus fuit; in hoc vero etiam cum Juris Architectis erit. Verba Gaji, De his controversiis quæ ex testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Ex his verbis colligunt Interpretes, paucis exceptis, plerique omnes, Jure Civili non posse transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis ejus verbis: ac, si facta sit transactio, non valere. Sed assentior Jacobo Labitto, Primo Indicis sui usu, n. 23. pag. 297. & seqq. existimanti, post Cujacium lib. 3. Observat. c. 37. numquam eam Gajo mentem fuisse, quamquam etiam Juris Architecti velint. Nihil enim verius est, quam eam transactionem tempore Gaji valuisse. Et sane, si ad æquitatem respiciamus, quid æquius est, quam lites partium consensu bona fide sopitas, altera invita, non resuscitari, ne ob causam quidem non inspecti ante testamenti? quæ enim necessitas legatario, verbi gratia, fuit, transigere de testamento, eo non inspecto? plane nulla. ante enim, quam transigit, potuit ab herede, ut sibi fierit ejus inspiciendi describendique copia, petere vel per interdictum De tabulis exhibendis, vel ex Edicto Quemadmodum testamenta aperiuntur. Id si neglexerit facere, cum posset, læsusque transactione sit: habet quod sibi, non quod adversario, imputet; & ideo, si damnum passus est, quia culpa sua passus est, non intelligitur passus esse l. 203. D. de regulis juris; denique, non habet causam, cur velit, rescindi transactionem quam volens fecit, etsi eventu læsus sit: modo nil dolo malo factum sit l. 7. §. 10. D. de pactis. Atque ad hanc naturalem æquitatem accedit auctoritas Prætoris: qui generatiter promissit, servare pacta quæ neque dolo malo, neque adversus leges, neque in fraudem legum facta erunt l. 7. §. 7. D. de pactis. Nulla autem lex, aut constitutio, aut etiam Juris regula, extat in tota antiquitate, qua transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus, utique bona fide, facta improbetur ideo, quod facta sit non inspectis testamenti tabulis. Quin contra rescripserunt Imp. Diocletianus & Maximianus l. 19. Cod. de transactionibus, Sub pretextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam, rescindi jura non pati. Id vero si placet in instrumento, & ante non cognito, & post demum reperto: quanto verius fuerit in testamento, etsi ante non inspecto, tamen ante cognito? At Gajus obstat d. l. 6. D. de transactionibus. Fateor: sed vitio Triboniani: qui hoc caput, (quod præclare animadvertere Cujacius, & Labittus) a suo avulsum titulo, in locum plane alienum

imperite transmisit, utique si ejus Inscriptio capitis expendatur, quæ, quæ Inscriptio habet Gajus lib. XVII. Ad Edictum Provinciale: apparet, id pertinere non ad Edictum de pactis ac transactionibus: sed ad Edictum de tabulis aperiendis. Nec verbis opus; arguit hoc l. 1. in pr. & §. 1. D. Testamenta quemadmodum aperiuntur: quæ est ex eodem Gaji libro XVII. Ad Edictum Provinciale. præterea adfert ibi Gajus illud Edictum, & commendat ipsis d. l. 6. verbis. Interit, utrumque demonstrasse. Sensus Edicti talis est. Omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspiciere, vel etiam describere, despiciendi, describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur. Hic Edicti sensus: commendatio autem quæ non Prætoris est, sed Gaji, talis est. Ratio autem hujus Edicti manifesta est. neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Sic Gajus: & verissime. Non enim quærit, an de testamenti tabulis, non inspectis cognitisque ejus verbis, Jure Civili transigi possit; & si facta sit transactio, an infirmetur Civili Jure. Minime. de eo enim nil edixit Prætor. Quid ergo? tantum ostendit Gajus, id Edictum a Prætoris summa ratione proponi: quippe eo spectare, ut omnibus quicumque desiderant, testamenti tabulas inspiciere, vel describere, fiat inspiciendi describendive, copia. Ad quid? ut, si de testamento velint litigare apud Judicem, veritas facilius exquiri possit: sin malint transigere sine Judice, quam litigare, etiam controversia sine Judice componi aliquanto commodius possit. Igitur voluit quidem Prætor, auctore Gajo, eos qui hoc agunt, ut litem de testamento ortam, quacumque ratione dirimant, proditis testamenti tabulis juvare, ne lædantur: sed non voluit, transactionem, si nihilominus sit bona fide facta, non inspectis testamenti verbis, rescindere ob causam non inspecti ante testamenti. id enim non cogitavit Prætor; utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Gajus, ejus Interpretes, nisi desiperet, dicere: ac proinde si ex Gaji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda sit sive d. l. 1. §. 1. sive d. l. 6. quæ ex illa descripta est; apparet, neutram resistere, quo minus valeat transactio de testamento, etiam non respectis ejus tabulis: quia Gajus, cum ait, Neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest: quam inspectis cognitisque verbis testamenti, tantum de facto loquutus est, de jure loquutus non est. Sed hoc cum minus vidisset Jacobus Cujacius ad l. 1. D. de transactionibus, egregie observavit Jacobus

Labittus, d. loc. & Antonius Faber,

Rationalib. ad d. l. 6.

CAPUT VIII.

Pauli l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis novus & verus intellectus.

Igitur, ut revertar e diverticulo ad d. l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis a qua longius, quam volueram, abduxerat me observationis elegantia, rectissime ait Paulus, Necare videri non tantum eum qui partum perfocat, sed & eum qui abjicit, & qui alimonia denegat, & eum qui publicis

locis misericordia causa exponit quam ipse non habet. Sed male atque imperite illi qui hinc collegerint, infantis perfocationem, abjectionem, atque expositionem, Pauli tempore fuisse obnoxiam homicidii, aut parricidii, pœnæ. Non enim id egit Paulus; sed nec potuit agere, nisi deliraret, palam

palam repugnante Fori usu. Quid ergo est? ego vereor, ne Paulus non ad juris regulas, sed ad juris præcepta, respexerit. Sunt enim, ut diligenter ostendam infra *capite decimo*, aliæ juris regulæ, alia juris præcepta. illæ Foro serviunt, & legum tabulas sequuntur: ista non ad Forum, sed ad officium viri boni & sancti, spectant, nec, quid Populi legibus moribusque impune fiat; sed quid pietas, honestas, verecundia, denique ratio velit, considerant. Et ita est: Paulus vult, regulis juris licitam parentibus esse liberorum expolitio- nem. nam & abjicere & perfocare eos, parentibus licere. hoc tamen nolle parentes; nisi nimis impios; scilicet, ne vitam tollant infelici partui. malle liberos exponere: id enim partum servare alterius misericordiæ, & humanius esse. at hunc quoque esse colorem pietatis; sed non verum. nam si rem spectes, æque impiam & nefariam esse infantum expositionem atque abjectionem & perfocationem. occidere enim, quantum ad ipsum attinet, eum qui gignit quidem; sed quod debet, non tueri genitum. ac hoc non in Foro, atque ex legum severitate, obtinere: sed convenire præceptis juris, atque adeo officio viri boni: æstimantis, non quid liceat, hoc est, legibus moribusque indulgeatur; sed quid pium sit. Exposui Pauli sensum, a nullo, quantum scio, animadversum: sed eo veriore, quod neque a ratione Veterum Jurisconsultorum, ipsiusque adeo Pauli, abhorret: & in primis Cælius Lactantius id jus, cum civile & legum, tum officii, & conscientiæ, in hac & aliis similibus quæstionibus pro seculi sui secta, ad eandem prorsus formam tam clare descripsit, ut non possit clarius. Verba Lactantii, etsi compluscula sint, tamen, quia rem signant, apponenda existimavi. sunt autem hæc ex lib. 6. *Divin. Instit.* c. 20. *Non enim enim cum occidere Deus vetat, la-*

*trocinari nos tantum prohibet, quod ne per leges quidem publicas licet: sed ea quoque ne fiant, monet, quæ apud homines pro licitis habentur. ita neque militare justo licebit, cujus militia est in ipsa justitia: neque vero accusare quemquam crimine capitali, quia nihil distat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occisio ipsa prohibetur. Itaque in hoc Dei præcepto nullam prorsus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem, semper sit nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis existimet, ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima est impietas. ad vitam enim Deus inspirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod sit facinus quo manus suas non polluant, rudibus adhuc & simplicibus animis abnegant lucem non a se datam. Expectat vero aliquis, ut alieno sanguini parcant, qui non parcant suo. sed hi sine ulla controversia scelerati & injusti. Quid illi quos falsa pietas cogit exponere? Non possunt innocentes existimari, qui viscera sua in prædam canibus obiciunt, & quantum in ipsis est, crudelius necant, quam si strangulassent. Quis dubitet, quin impius sit, qui alienæ misericordiæ locum non tribuit? Qui etiam, si contingat ei, quod voluit, ut alatur, addixit certe sanguinem suum vel ad servitutem, vel ad lupanar. Quæ autem possint, vel soleant accidere in utroque sexu, vel per errorem, quis non intelligit, quis ignorat? Quod vel unius Oedipodis declarat exemplum, duplici scelere confusum. Tam igitur nefarium est exponere, quam necare. Huc usque Lactantius, angustias Juris Civilis in his omnibus ex seculi sui disciplina distinguens ab officio viri justii & sancti. Ad quod pertinet quoque hoc Justinii Martyris, *Pro Christianis apologia secunda ad Antoninum pium* pag. 70. Nos sane, ne quem persequamur, neve impietatem committamus. pueros etiam recens natos exponere, improborum esse dicimus hominum.*

CAPUT IX.

Constitutam animadversionem cujus mentio fit d. l. 2. C. de infantibus expositis, non aliunde petendam, quam ex l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis. Uterque locus diligenter & plene expositus, rejectis Jacobi Cujacii, Jacobi Rævardi, aliorumque, opinionibus.

Superest, ut explicemus, quæ sit illa *constituta animadversio*, quam in d. l. 2. C. de infantibus expositis indignant Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus; cum *Unusquisque*, inquirunt, *sobolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, animadversioni, quæ constituta est, subiacebit.* Puto autem, capitalem esse eam animadversionem, atque ex lege Cornelia de sicariis infligendam. Quo jure? ex auctoritate l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis: cujus hæc apposui verba. Impp. Valens, Valens & Gratian. AAA. ad Probum P. P. Si quis necandi infantis piaculum aggressus, aggressus sit: sciat se capitali supplicio esse puniendum. P. P. 7. Id. Februar. Romæ, Gratiano A. 3. & Equitio Coss. 374. Quamquam nec hoc forte extra omnem esse difficultatem videbitur: quia aliter eam legem interpretantur Viri Summi, Jacobus Cujacius, & Jacobus Rævardus. Cujacius certe (nam ab eo initium faciam) lib. 6. *Observ.* c. 21. eam exaudit de quocumque infante; putatque, ea tolli dubitationem, quæ apud Veteres fuerit, an infantis cædes lege Cornelia de sicariis puniri posset. Quod non pro-

bo: imo vereor, ne Cujacius, cum sic censet, parum intenderit felicitis ingenii vires. Quis enim Veterum dubitavit, an *infans*, utique editus, agnitus, alique jussus, *homo* intelligeretur? nemo. Non igitur ejus infantis cædes novam desiderabat Constitutionem: quia, ut absque ea foret, tamen si dolo malo esset occisus, etsi infans, tamen homo, jam lex Cornelia de sicariis sufficiebat l. 1. §. 2. D. Ad legem Corneliam de sicariis. Ne addam nunc, quod præterea parentibus, a quibus occisus diceretur infans, agnitus, alique cæptus, ex Constantini Constitutione quæ est in l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt, etiam lex Pompeja de patricidiis indistincte irasceretur. Nullius igitur rei est Jacobi Cujacii sententia.

Nec melior Jacobi Rævardi. is lib. 3. *Conjectan.* c. 1. conjicit, prohiberi in d. l. 8. infantum immolationem quæ olim in Africa invaluerit. Quæ causa? duplici. una est, quod *piaculum* aliquando *sacrificium* significat; & Imperatores capitale supplicium constituunt: si quis *necandi infantis piaculum* aggressus ag-

gressave sit. altera causa est, quod ea Constitutio scripta est ad Probum qui fuerit Praefectus Praetorio per Italiam: sub cuius dispositione Italia, Illyricum, & Africa, in Notitia Provinciarum numerentur. Sed primum, quod de *piaculo* dicit Ravardus, nihil efficit: siquidem *piaculum*, vel ipso auctore, non tantum sacrificium, sed etiam quaecumque aliud malum facinus, significat. deinde apparet ex Tertulliano quem allegat Ravardus, olim Principe Tiberio, prohibita fuisse hominum sacrificia. Et ante Valentianum, Valentem, & Gratianum, clare Paulus noster lib. 5. *Sentent. tit. 21. § 10.* Qui, inquit, hominem immolaverint, ex ejusve sanguine litaverint, phanum templumve polluerint, bestius obijciuntur, vel si honestiores sint, capite puniuntur. Postremo, quod de Probi Praefectura addit Ravardus, nec hoc ullius momenti est. Ut enim verum sit, Probum fuisse Praefectum Praetorio per Italiam, sub ejusque dispositione Italiam, Illyricum, & Africam, fuisse: liquet tamen, (quod jam Jacobus Gothofredus animadvertit) hanc legem prope ad urbem Romam spectasse: quia in ejus Subscriptione dicitur, P. P. 7. Id. Februar. Roma. id est, proposita Romae, VII. Id. Februar.

Sed quid est? ut dixi, pertinet d. l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis ad infantum expositionem: idque unus omnium optime & verissime subodoratus est V. Cl. Justus Lipsius, quem honoris causa appello, Cent. 1. Ad Belgas epist. 35. sed tantum subodoratus, nihil enim in ea attingit, nihil adstruit, ne eam confert quidem cum d. l. 2. C. de infantibus expositis. saltem dicit, (ipsa enim ejus verba adferam) Primi fuerunt, opinor, qui veterunt Valentinianus, Valens, & Gratianus: quorum lex in utroque Codice Theodosii & Justiniani exstat, Ad legem Corneliam de sicariis, Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressave sit, erit capitale illud malum. Sic Lipsius; atque ideo nihil persuadet Jacobo Gothofredo, ad l. 1. Cod. Theod. d. 2. Imois, In patres, inquit, liberos exponentes alie sunt leges quacum hac l. nihil commune habent: quae tamen confudit Lipsius. Igitur, quod Lipsius facere debuit, sed non fecit, fuerit tanti, pro nostra mediocritate sic detexisse, ut deinceps a Juris Studiosis in clara luce conspiceretur. Quod ut praestem, observandum primum, quod d. l. 8. est Imperatorum, Valentiniani, Valentis, & Gratiani, ad Probum, Praefectum Praetorio: ad quem eodem anno ab illis illis Imperatoribus non multo post est scripta d. l. 2. C. de infantibus expositis: ut ex utriusque legis Inscriptione, & Subscriptione, intelligitur. atque adeo, opinor, animadversio quae constituta est, cujus meminit d. l. 2, est animadversio quae pridem est constituta in d. l. 8. Deinde observandum, quod, hi Imperatores, cum in d. l. 8. ajunt, Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressave sit, non qualemcumque significant infantem: quamquam alioquin infans dicitur usque ad septimum annum l. 18. C. de jure deliberandi. nam in infante, jam agnito & ali jussu, quid erat nova opus Constitutione? cum, ut supra dixi, in extraneos a quibus dolo malo occisus esset etiam infans, tamen homo, olim lex Cornelia de sicariis insurgeret; in parentes autem, si ab iis occisus esset filius ab iis agnitus, ex Constantini Constitutione quae est in l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt, jam lex Pompeja de parricidiis sufficeret. Igitur infantis appellatione Imperatores in d. l. 8. non qualemcumque intelligunt infan-

tem; sed sanguinolentum, seu recens natum: qui in Rubrica Codicis De infantibus expositis, liberis & servis: & de his qui sanguinolentos nutriendos acceperunt, & apud Lactantium, lib. 6. Divinar. Instit. c. 20. id est, in ipsa hac quaestione, specialiter infans dicitur. Is vero populari errore, quod praeterea observandum, non videbatur homo, antequam nutricis opera intervenisset: ut ex Philose Judaeo, De vita Moysi, supra ostendi: denique adhuc ad legis Corneliae, aut Pompejae, providentiam non pertinebat. Igitur quod omnes boni & sancti viri, in primis Christiani, etiam multi Gentiles, non legis, sed officii ac pietatis, esse existimabant; hoc Imperatores d. l. 8. tandem ad juris necessitatem traxerunt: cum jussissent, homicidii poena quae tum capitalis erat, puniri eum qui infantem necaverit: puta, strangulaverit, aut eliserit: nec hunc tantum, sed etiam, qui necare tentaverit, puta quod eum abjecerit in aquas aut in solitudinem, aquis, aut fame, aut frigore, aut ferarum laniatu, consumendum. idque jus esse non modo, si quis aggressus, sed etiam, si quae aggressa, sit necandi infantis piaculum: quum ante & patri, & matri, impunita filii expositio esset; ut liquet ex Scaevola l. 29. D. de manumissis testamento, Quintiliano Declam. 306. & Julio Firmico Materno, lib. 6. Mathes. c. 1. His adde, quod Imperatores non distinguunt, utrum quis hoc piaculum ob paupertatem sit aggressus, an aliter: quum alioquin se plerique illo colore excusarent: ut parasitus apud Quintilianum lib. 4. Inst. Orat. c. 2. pag. 311. Sed & Lactantius d. lib. 6. c. 20. At enim, inquit, parricide facultatum angustias conqueruntur, nec se pluribus liberis educandis sufficere posse praeferunt, quasi vero aut facultates in potestate sint possidentium, aut non quotidie Deus ex divitibus pauperes, & ex pauperibus divites faciat. Quare si quis liberos ob pauperiem non poterit educare, satius est, ut se ab uxoris congressione contineat, quam sceleratis manibus Dei opera corrumpat. Atque ea certa & clara erant; si vel necatus, puta, perfocatus, strangulatus, elisusve, esset infans, vel ejus mors tentata esset abjectione in aquas, aut in solitudinem. Sed quid, si in publico & celebri loco esset expositus alienae misericordiae: quod fere a pauperioribus fiebat, cogente necessitate: quum illud sine egestatis suspitione faceret praesertim qui infantem poterat, sed nolebat, heredem relinquere? Potuit insignis esse dubitatio, an huc porrigenda esset legis severitas: non enim aequae videbatur pater in hac, atque in priore, specie aggredi necandi infantis piaculum. Quintilianus d. Declam. 306. Una calumnia origo est, quod hanc exposuisse constat. Rarum igitur est, ut expositi vivant. Caducum circa initia animal, homines sumus. Nam ferarum pecudumque foetibus est statim ingressus, & ad ubera impetus: nobis tollendus infans, & adversus frigora nutriendus, sic quoque inter parentum manus, gremiumque nutricis, sapius labitur. Unde nobis tantam felicitatem, ut ad infantem mors accersita non veniat? Vos ponite ante oculos puerum statim neglectum: cui mori domi expediret, inde nudum corpus, sub caelo, inter feras & volucres. Video moveri, mulier, lachrymas tuas. Nemo tibi mortaliu[m] posset ignoscere, nisi jussa fecisses. alia tamen conditio est eorum quibus obvium patrem querit exponendum paupertas. ille relinquitur loco celebri: tunc & libet custodire longe, & spectare fortunam. alter abdicatur quem jussit exponi, qui relinquere poterat heredem. Sed quid est? utrum lex ad utramque, an ad alteram, expositionem spectat? ut dixi,

dixi, potuit dubitari. imo ex facto dubitatum fuit a Probo, Præfecto Prætorio, ad quem missa d. l. 8. fuit a. d. VII. Idus Februarii, Gratiano III. & Equitio, Consulibus, sed dubitationem sustulere Imperatores d. l. 2. C. de infantibus expositis quæ data est ad eundem Probum P. P. IV. Nonas Martii, eodem anno. Voluerunt enim, unumquemque suam nutrire sobolem: ac, si quis exponendam putaverit, eum subiacere animadversioni quæ constituta est: id est, capitali, constitutæ in d. l. 8. nempe, quia interpretari sunt, tentari necem infantis cui per conditionem suam ege-

no alienæ & pietatis & providentiæ (caducum enim circa initia animal, homines sumus: ut Quintilianus ait d. loc.) omnia negantur a parentibus qui, volente natura, ei omnia debent ad arcedandam necem necessaria. Quod omnes Christiani Scriptores, sed & multi Pagani, sentiebant; ut ex locis, supra allegatis, intelligitur: quibus hic pro eumulo addam illud Plauti, *Cistellaria*, act. 4. sc. 1.

-- -- -- Crepundia

Hæc sunt, quibuscum tu extulisti nostram filiulam ad necem.

CAPUT X.

De præceptis juris: & quo sensu Ulpianus l. 10. §. 1. D. de justitia & jure dixerit, Juris præcepta hæc esse, honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere. Et quomodo ea distinguantur a legis virtute quam Modestinus l. 7. D. de legibus ait esse, Imperare, vetare, permittere, punire.

HOc caput postulat, ut inquiram, quid sibi velit Ulpianus l. 10. pr. §. 1. & 2. D. de justitia & jure; cum sic scribit, *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere. Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia: justique atque injusti scientia.* Nam & exponere id promissi capite VIII. hujus libri; & nisi fallor, erit pulchræ res inquisitionis; juvabitque ea quæ supra attuli ad intellectum Pauli l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis. Principio autem monebo, quod is locus est ex Ulpiani lib. 1. Regularum: sic enim habet ejus Inscriptio. Deinde addam, quod Ulpianus, cum *juris præcepta* dicit, non Juris regulas, seu Jus civitatis, & Legum decreta, ac definitiones, quibus in Foro locus est, significat: sed Jurisprudentiæ, sive Civilis Sapientiæ, sive Artis æqui & boni, quam idem Ulpianus *jus* appellat l. 1. D. de justitia & jure, suasiones sive admonitiones ad justitiam. Quod ut censeam, movet me Auctor *Dialogi De oratore, sive de causis corruptæ eloquentiæ* c. 32. his verbis. *Ut ignorent leges, non teneant senatusconsulta, jus civitatis ultro derideant, sapientiæ vero studium & præcepta prudentum penitus reformident.* Sic ille; Leges, Senatusconsulta, & Jus civitatis, a Sapientiæ studio, & præceptis Prudentum, clare distinguens. *Juris igitur præcepta* non sunt Legis, nec Senatusconsultorum, denique non Juris civitatis, regulæ ac decreta; sed Jurisprudentiæ admonitiones ad justitiam. præcipere enim Latinis est non modo jubere, sed etiam docere & monere: unde præceptor idem qui doctor & monitor. Hoc sensu Lactantius lib. 6. *Divin. Instit.* c. 6. *Qui, inquit, error non modo populi & imperitorum, sed etiam philosophorum est qui præcepta quoque dant ad justitiam.* Item c. 10. *Ad hanc partem philosophorum nulla præcepta sunt.* Et c. 12. *Ignorantia veri juris prudens ac sciens in hos se laqueos induxit, quod ut ei possit ignosci, testificatus est, non ad veram justitiam quam non teneat, præcepta se dare, sed ad umbram imaginemque justitiæ. ignoscendum est igitur umbratice & imaginario præceptori, qui se nescire fateatur.* Igitur præcepta juris Ulpiano non sunt legis, aut Juris Ci-

vilis, decreta, seu regulæ; sed Artis æqui & boni ad justitiam admonitiones.

Quod ut clarius intelligatur, animadvertendum est, eam esse Artis nostræ rationem, ut non tantum scientia, sed etiam actione, occupetur: itaque ex duobus constet, id est, decretis, præceptisque: exemplo Philosophiæ quam Veteres cum similiter distribuunt in veri contemplationem, & actionem, decretis ac præceptis absolvi opinantur. Vocant autem *decreta*, Philosophiæ sive leges, sive scita generalia, & omnia alligantia, atque a quibus sine scelere recedi nequeat. Auctor Cicero lib. 4. *Academic. question.* verbis sequentibus, *Decreta philosophi vocant δόγματα quorum nullum sine scelere prodi potest. cum enim decretum proditur, lex veri rectique proditur.* Contra *præcepta* appellant Veteres, monitiones, sive suasiones, officiorum quæ propria cuiusque personæ sint; non autem in universum componunt hominem; nec imperant, sed exorant: ut multis ostendit Seneca *epist.* 94. & 95.

Quod illi de Philosophia tradidere, Ulpianus d. l. 10. §. 1. & 2. de Civili Sapiencia censet: nam & hanc partim legum ac regularum scientia, partim officiorum præceptis ac monitionibus consumit. itaque expositurus Ulpianus Regulas Juris, (quod Inscriptio d. l. 10. ostendit) in operis ingressu Juris regulas, id est, generalia Artis decreta, ab ejus *Præceptis*, id est, a specialibus officiorum suasionibus, denique scientiam ab actione, distinguit; ac postquam dixit, quid *justitia* sit, deinde *juris*, inquit, *præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere. Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia justique atque injusti scientia.* Sed primum de juris regulis, seu Juris decretis, videbo. Qua in parte placet quod Modestinus l. 7. D. de legibus (quam similiter esse ex libro 1. Regularum, ejus Inscriptio ostendit) ait simili consilio, *Legis virtus est, imperare, vetare, permittere, punire.* Primum vult Modestinus, quod lex imperat, aut vetat: non suadet, aut disputat. optime: non enim hæc ejus ratio est, sapientiæ studere; sed humanæ societati cavere ab hominibus stultis aut improbis igitur imperat recta, id est, paci & conjunctioni utilia: vetat autem contraria. Utrumque Cicero indicat lib. 2. De

natura

natura Deorum; cum Lex, inquit, est recti præceptio, pravique depulsio. Deinde ait Modestinus *d. l. 7.* quod *lex punit.* quando? si non observetur: & ideo a Papiniano *l. 1. D. de legibus* dicitur, *Coercitio delictorum qua sponte vel ignorantia contrahuntur.* Quidni? frustra enim jubet aut vetat, si non possit cogere eos qui civilis societatis rationem ac fructum per imperitiam non sentiant, aut per malitiam adspiciuntur. punit igitur lex utrosque tuendæ disciplinæ gratia: atque adeo non quia peccatum est, sed ne peccetur: denique, ut homines improbi aut stulti quibus ratio non sufficit, quo minus peccata quæ eis utilia aut jucunda videntur; appetant; & virtutem quæ eis sterilis aut molesta apparet, negligant: animadvertant, virtutem, etsi non habeat præsentem utilitatem, aut certe non tantam, quantam peccatum, tamen ideo utilem esse; quia non metuit poenam, id est, futurum malum, peccatum autem, etsi quale quale habeat præsens bonum, tamen eo damnosum esse; quia ei, propter insecuturam poenam, gravius atque acerbius imminet malum. At lex non tantum imperat, vetat, ac punit: sed, ut Modestinus ait, etiam *permittit.* primum, quia non potest omnia complecti. deinde fertur hominibus non perfectis; sed qui erroribus atque affectibus sine obnoxii: iis autem ut poenas ostendat, etiam gravissimas; tamen cum eorum ingenia & mores neque statim, neque semper, neque in omnibus, peræque possit ad perfectæ sapientiæ virtutisque rigorem inflectere: apparet, inanem & iniquam futuram: si ad perfectæ virtutis ac sapientiæ scribatur formulam: nec quidquam donet seculi vitiis, aut communis humanitatis fragilitati: sed eam adstringat necessitate faciendi id cui par non sit. Igitur oportet legem, ut utilis & æqua sit, cogitare, quales esse conveniat, quibus præest, etiam quos inveniat, denique, quid in his libido, quid error, & modus humanæ fortis, patiat. Atque hoc observat Meccenas, Oratione ad Augustum de ordinanda republica, apud Dionem Cassium *lib. 52.* Verba ejus. *Natura multos homines eorapit, ut contra leges delinquant. quæ si quis accurate persequi omnia velit, aut neminem aut perpaucos relinquat impunitos: sin humaniter aequitatem juri permissit, fortassis eos emendet. lex enim quanquam necessario graves poenas statuat, tamen naturam coercere non semper potest.* Augustinus quoque, *lib. 1. De libero arbitrio;* cum sic inquit, *Ea vindicanda sibi lex populi assumit, quæ satis sint concilianda paci hominibus imperitis, & quanta possunt per hominem regi.* Et paulo post, *Videtur tibi lex ista quæ regendis civitatibus fertur, multa concedere, atque impunita relinquere quæ per divinam tamen providentiam vindicantur.* & recte. Exposui virtutes legis; id est, civilis sapientiæ regulas, seu decreta.

Venio ad præcepta: ea præcepta, ut Ulpianus ait *d. l. 10. §. 1. D. de justitia & jure,* sunt, *Honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere.* Volunt autem, quod est officium Jurisconsulti, civilem sapientiam profitentis, si de jure quærat, præcipere sive monere, sive suadere: ne is qui vir bonus & justus videri velit, tam legum tabulas ob oculos habeat, quam in primis humanæ conjunctionem societatis, ita prorsus: ut, si hanc juvent leges, eas sequatur: sin minus, non eis serviat, sed societati: quem finem sibi ipsæ proponunt leges. huic porro cum semper faciat quod honestum est, quodque alterum non lædit, & quod æqualitatem inter homines servat; leges

Noodt Operum Tomus 1.

vero ea aut contraria non ubique imperent aut vetent: (sive quod generales sunt, nec facile possunt se ad singula dimittere; sive quod resistit humanæ infirmitas conditionis, quo minus perfectæ sint) eam ob causam virum justum & civilis vitæ studiosum non peræque quod legibus licet, decere. nam his concedi multa quæ non sint honesta, multa quæ alterum lædant, multa quæ non tribuant suum cuique. igitur si quæ liceant ideo, quia legibus permittuntur, tamen si inhonesta sint, aut alterum lædant, aut non tribuant suum cuique, denique non pergant ad legum finem, id est, ad utilitatem humanæ conjunctionis; ei ab his æque abstinendum esse, ac si essent legibus verita. Seneca *lib. 2. De irac. 27.* idem sic exprimit, *Quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt quæ omnia extra publicas tabulas sunt.* Seneca, quas legis virtutes dixit Modestinus, vocat juris regulas, id est, regulas juris civitatis; & has observare, ait ad legem bonum esse: quæ vero juris præcepta dixi ex Ulpiano, Seneca appellat regulas officiorum: easque ait non legum tabulis, sed virtute ac ratione, circumscribi ita angustam legem esse: late autem patere præcepta sapientiæ. nempe, quia refert, quod lex non suadet, sed imperat aut vetat; ac, si non servatur, punit, nec poenitentia locum dat. at præceptorum non imperium est, sed suasio: quam si quis sponte audit, virtus laudatur: si non audit, non utique poena sequitur. Eam differentiam notat idem Seneca, *epist. 94.* Verba Senecæ, *Leges, inquit, ut faciamus quod oportet, non efficiunt: & quid aliud sunt, quam minis mixta præcepta? Primum omnium ob hoc illa non persuadent, quia minantur: at hæc non cogunt, sed exorant. Deinde leges a scelere deterrent: præcepta in officium adhortantur. His adjice, quod leges quoque proficiunt ad bonos mores: utique si non tantum imperant, sed docent. in hac re dissentio a Posidonio. Non probo, quod Platonis legibus adjecta principia sunt. legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur, velut emissæ divinitus vox sit. jubeat, non disputet. Nihil videtur frigidius, nihil ineptius, quam lex cum prologo. Mone, dic, quid me velis fecisse: non disco, sed parco.*

Ex quo apparet, alia esse Juris decreta, seu regulas: alia præcepta. Nisi Papiniano lex dicitur, commune præceptum *l. 1. D. de legibus.* Et in *l. 41. D. de poenis* exstat, *Sanctio legum quæ novissime certam poenam irrogat iis qui præceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur.* Et Tryphoninus *l. 37. §. 1. D. de minoribus* allegat *Præcepta legis Julia de adulteriis.* Idem dicit, *Quod non sit atatis excusatio adversus legum præcepta ei qui dum leges invocatur, contra eas committit.* Justinianus quoque *pr. Inst. de nuptiis* ait, *Justas nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum legum præcepta cœunt.* Sed dicamus, juris præcepta vel in specie talia esse, vel decreta appellari: atque adeo interdum sub decretis comprehendi, interdum ab iis distingui. Senecam audi *epist. 94.* *Quid enim interest inter decreta philosophia & præcepta: nisi quod illa generalia præcepta sunt, hæc specialia? utraque res præcipit: sed altera in totum, particulatim altera.* Seneca decreta sub generali præceptorum appellatione complectitur; & tamen decreta a præceptis distinguit: quia illa generalia sunt, hæc specialia: illa sunt minis mixta, hæc non sunt: ut ante ex eo dictum.

CAPUT XI.

Aliquando evenire, mitescentibus paulatim hominum ingenis; ut quæ ante erant in præceptis, deinde ad juris regulas transeant. Ejus rei exemplum perquam elegans esse in expositione, & nece, recens nati infantis: item in procuratione abortus. Quando cœperit crimen abortivi quod mulier ipsa sibi faceret, puniri. Et an a constituta ei pœna recte fiat argumentum ad pœnam infantis expositioni, aut neci, positam? Non videri. Marcianus & Tryphoninus expositi l. 39. D. de pœnis, & l. 4. D. de extraordinariis criminibus. Aliud exemplum in fideicommissis. Aliud in testimonio familie emptoris & heredis. Item in beneficio ordinis quod fidejussoribus competit. Denique in stipulationibus & promissionibus jocandi animo factis. Notabilis differentia inter Prætoriam & Censoriam cognitionem. Varroni lux loco egregio & obscuro.

Vix possum mihi temperare; quin superiori-
bus addam, aliquando fieri, mitescentibus
magis hominum moribus: ut quæ hætenus sub-
stiterant in Juris præceptis, in decreta, seu regu-
las, transeant; & quam ante non habuerant, ne-
cessitatem accipiant. Est enim & ea res curiosæ,
atque in jure utilis, observationis; sed nec ab hoc
instituto alienæ. Posset certe in his quæ de infan-
tum expositione & cæde supra disputavi, inde ali-
qua subnasci hæsitatio; quod jam olim ante Va-
lentinianum, Valentem, & Gratianum, imo ante
Paulum quoque, placuit, graviter puniri mulieres
quæ visceribus suis, quod partum abigerent, vim in-
tulisse dicerentur. Nam, si animadversum fuit in
eas quæ occiderent partum nondum natum; quan-
to justior fuit pœna adversus parentes qui partum
natum interficerent? Atqui jam Ciceronis tem-
pore, atque adeo ante Paulum, punitas fuisse mu-
lieres quæ partum abigerent, ex ejus Oratione *Pro*
Cluentio Avito ostendit Tryphoninus l. 39. D. de pœ-
nis: & præterea addit, mulierem, si quæ post di-
vortium visceribus suis vim intulerit, ne jam ini-
mico marito filium procrearet, etiam ab Imperato-
ribus nostris temporali exilio coercitam fuisse.
Non igitur dubium est, quin tum puniri quoque
debuerint parentes, si qui partum natum occide-
rent, aut exponerent. Quid dicimus? non sic re-
cte disputari. Non enim illa hic quæstio est, u-
trum infantis expositionem æque, atque aborti-
vum, olim oportuerit Civili Jure puniri: sed an
quæ pœna eo jure æque illi, atque huic, sceleri fue-
rit constituta. Quod non temere dixerim. nam si
quæ mulier ipsa sibi partum abigeret, nulla vide-
tur adversus eam posita Jure Civili fuisse pœna:
quamquam Cicero in Oratione *Pro Cluentio Avito*
scripsit, Milesiam quamdam mulierem, cum esset
in Asia, quod ab heredibus secundis, sive substitu-
tis, accepta pecunia, partum sibi medicamenti ipsa
abegisset, rei capitalis esse damnatam. Non enim
hoc exemplum (quod miror non vidisse aut Jaco-
bum Cujacium lib. 19. *Observ. c. 9*, aut Jacobum
Rævardum lib. 3. *Conjectan. c. 1.*) ad rem perti-
net. Potuit enim legibus moribusque alicujus in
Asia Gentis suo utentis jure, sic judicari recte:
cum præsertim Veterum quorundam Legislato-
rum, & nominatim Lycurgi ac Solonis, institutis

vindicatum fuisse abortus crimen, Galenus au-
tor sit, lib. *An animal sit id quod in utero est c. 3*.
Sed nos de usu Fori Romani quærimus: de quo
nihil Cicero d. loc. nec Galenus; puto, quod id
scelus, quamquam Romæ a fœminis, etiam ho-
nestioribus, quotidie & fere palam admitteretur,
tamen legibus moribusque ibi impunitum esset.
Sceleris istius quotidiani, quasi liciti atque impu-
niti, meminit Seneca *Consolat. ad Helviam matrem*
c. 16. in verbis quæ adferam paulo post. Frequen-
tiæ ejus sceleris etiam meminit Ovidius *Eleg. De*
nuce, verbis sequentibus:

Nunc utrum vitiat quæ vult formosa videri:

Raræque in hoc ævo est quæ velit esse parens. Nec
minus Juvenalis *Sat. 6. vers. 500. & seqq. ver-*
ba:

Sed jacet aurato vix nulla puerpera lecto.

Tantum artes hujus, tantum medicamina prosunt
Quæ steriles facit, atque homines in ventre ne-
candos.

Optime Juvenalis ait, in ventre necari homines:
sed contra invaluit sententia existimantium, quod
partus nondum editus, qualiscumque esset, sive
adhuc informis, sive jam formatus, ut apud Phi-
losophos complures, sic in Foro Romano, matris
quidem & viscerum haberetur portio l. 1. §. 1. D.
de ventre inspiciendo: sed interim, antequam edi-
tus esset, non recte homo diceretur. Sic enim Pa-
pinianus definit l. 9. §. 1. D. *Ad legem Falcidiam*,
& plerique Philosophi, apud Galenum d. loc. &
Plutarchum, lib. 5. *De placitis Philosophorum c. 13.*
& c. 26. Atque eo minus: quia & editum natum-
que infantem, quamdiu non esset agnitus ali-
jussus, exponere, atque etiam necare, licebat:
propterea quod infans, quamdiu nullum nutritis
officium intervenisset, vulgari errore non habere-
tur homo; ut ex Philone Judæo ostentum supra.
Et tamen, quia homine concepto, etsi nondum
edito, neque agnito, jam hominis spes erat; ideo
viri justî & pii, cum Christiani, tum Gentiles, ab
ejus cæde, quamquam legibus licita, tamen im-
proba, perinde atque a vetita, abstinere præcipie-
bant: denique laudabant fœminas, etiam illustres
& egregias; quod a concepti partus elisione abhor-
terent. quæ frigida fuisset laudatio, si ea res legi-
bus aut moribus jam tum prohibita fuisset. Ex hoc
gene-

genere est illud Senecæ, *Consol. ad Helviam matrem* d. c. 16. *Nunquam te fecunditatis tuæ, quasi exprobraret ætatem, puduit: nunquam, more aliarum quibus omnis commendatio ex forma petitur, tumescentem uterum abscondisti, quasi indecens onus, nec intra viscera tua conceptas spes liberorum elisisti.* Jam Ovidius *lib. 2. Amorum Eleg. 14.* tale amicæ suæ scelus, quasi impium, ac flagitiosum, serio detestatur; sed pœnæ non meminit, nisi divinæ. Nec aliter Athenagoras, *Legatione pro Christianis pag. 38.* id est, sub Divis Fratribus; cum, *Qui, inquit, mulieres medicamentis abortivis utentes, homines occidere, & rationem reddituras Deo, dicimus.* De suo quoque tempore Tertullianus, *Apologetico*, id est, sub Septimio Severo sub quo id Opus scripsit, sic ait, *Nobis vero homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissolvere non licet. Homicidium festinatio est, prohibere nasci: nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet: homo est, & qui est futurus, & fructus omnis jam in semine est.* Sed quod illi tum non legis, sed præcepti, esse verissime existimabant; Imp. Severus & Antoninus in nuptis paulo post ad Juris regulam, atque adeo ad necessitatem, traxerunt. Id observat Marcianus l. 4. *D. de extraordinariis criminibus:* quæ, quod notandum, delumpta est ex libro ejus primo *Regularum.* ait vero, *Divum Severum & Antoninum rescripsisse, Eam quæ data opera abegit, a Præside in temporale exilium dandam;* & addit, *Indignum videri posse, impune eam maritum liberis fraudasse.* Atque eos Imperatores intelligit, nisi fallor, Tryphoninus l. 39. *D. de pœnis;* cum sic scribit, *Sed & si qua visceribus suis post divortium, quod prægnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet: ut temporali exilio coercetur, ab optimis Imperatoribus nostris rescriptum est.* Igitur cœpit abortus procuratio, cujus detestatio hætenus in præceptis fuerat, post hoc Rescriptum cadere in crimen non homicidii, sed extraordinarium, nec ex lege Cornelia, sed exilio temporali, vindicandum. An & infantis expositio, & occisio: censent doctissimi homines. sed, quod cum bona eorum venia dixerim, si qui sunt qui illorum auctoritate capiuntur, errant. Tantum enim rescripserunt Imperatores de abortu de quo ex facto erant consulti. cæterum de infantis expositione, aut nece, neque consulti erant, neque rescripserunt. Mansit igitur execratio expositionis, & necis, infantis post hoc Rescriptum in præceptis: nec sub legis severitatem venit; nisi sero: id est, demum sub Valentiniano, Valente, & Gratiano l. 8. *C. Ad legem Corneliæ de sicariis, & l. 2. C. de infantibus expositis.* Exposui primum, & sane notabile, exemplum Juris præcepti in regulam mutati.

Venio ad alterum. id exemplum est in fideicommissis. nam ea ante Imp. Augustum quidem pudore eorum qui rogabantur, continebantur: sed juris vinculum demum a moribus accepere; postquam Imp. Augustus semel iterumque jussit, Consules auctoritatem suam extra ordinem interponere §. 1. *Inst. de fideicommissariis hereditatibus.* Quamquam nec sic statim peræque in provinciis, atque in Urbe, recepta sunt. Clare Suetonius, *Claudio c. 23.* *Jurisdictionem de fideicommissis quotannis, & tantum in urbe delegari magistratibus solutam, in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.*

Similiter Veteres quidem familiæ emptorem, & eos qui per potestatem ei conjuncti erant, a te-

stamentariis testimoniis repellebant; heredi autem & iis qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant, testimonia in testamentis præstare. & tamen qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant. Sed eam observationem correxit Justinianus; & quod ab illis suatum est, in legis necessitatem transtulit; atque ad imitationem pristini familiæ emptoris merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis personis quæ ei conjunctæ sunt, licentiam concessit, sibi quodammodo testimonia præstare §. 10. *Inst. de testamentis ordinandis.*

Æque pulchræ fuerint observationis, quod olim electio Jure Civili mittebatur creditori, apud quem fidejussor intervenerat pro debitore, utrum mallet principalem debitorem, an ejus fidejussorem, convenire. id enim apparet ex l. 3. *C. de fidejussoribus & mandatoribus:* in qua Imp. Severus & Antoninus ita rescribunt. *Non recte Procuratores nostri, si allegationi tuæ fides adesset, audire te noluerunt ex bonis fidejussoris, quæ ad fiscum pervenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire jussurunt: cum electionis potestas permittatur creditori.* Sic in decretis fuit, quibus in foro locus erat: sed non idem fuit in præceptis. Quintilianum audi, *Declam. 273.* Verba Quintiliani. *Petit a nobis pecunia quam non accepimus, non consumpsimus, non in illum rerum nostrarum usum convertimus. Etiam cum istud periculum est sponsoris, miserabile est, bonitate labitur, humanitate conturbat. Hoc quo pertinet? non ut extorqueam vobis, iudices, religionem: sed ut intelligatis, quod profecto cognoscitis, non esse exigendum a sponsore creditum, nisi jure summo. De quo priusquam loquor, etiamnum ea quæ humanitatis & consuetudinis gratia dici solent, non omitto. Debitorem appellasti: cum ipso cui dederas pecuniam egisti. Non enim aliter salvo pudore ad sponsores venit creditor, quam si recipere a debitore non possit. Sed quod Quintilianus pudoris atque officii esse perhibet; deinde juris & decreti esse, in primis Justinianus jussit *Novell. 4. c. 1.**

Ex eodem genere nescio an sit hoc Varronis, *lib. 5. De lingua Latina, pag. 41.* *Qui sponsonderat filiam despondisse dicebatur: quod de sponte ejus, id est, voluntate exierat. Non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus. Nam in comædiis vides dici, sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum & prætorium jus ad legem, & censorium iudicium ad æquum estimabatur. Et paulo post. Itaque qui ad id, quod rogatur, non dicit, non respondet: ut non respondet ille statim, qui dixit spondeo, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Ita quisquis dicit in tragœdia, Meministine te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* Huc usque Varro. Ut autem intelligatur elegans, sed obscurus, locus; observandum est, quod, ut ex sponsu quis obligaretur Civili Jure, sufficiebat, eum ad interrogata respondisse: nec intererat, utrum serio respondisset, an per jocum. erat enim stipulatori jus utraque in specie, a Prætore petere ex stipulatu actionem; nec Prætori licebat, eam denegare; aut ei, si eam daret, addere exceptionem. ita fiebat, ut ex sponsu conventus promissor apud Judicem a Prætore datum, quamvis interroganti per jocum respondisset, tamen sine ulla Judicis religione condemnaretur. Atqui hoc non officium patiebatur. Scio: sed de officiis non apud Prætorem quærebatur, nec apud Judicem ab eo datum; sed apud Censorem, erat enim alteri commendata juris legumque executio. alteri non ea

commissa erat; sed mortui censura & castigatio: ut ille clamat, apud Gellium, *lib. 14. Noct. Attic. c. 2.* Ac vere Persius *sat. 5.*

Non Pratoris erat, stultis dare tennia rerum

Officia, atque usum rapida permittere vita.

Quid multa? clare Plautus, *Pseudolo. 4. 7.* Verba Plauti.

Auferetur id premium a me quod promisi per jocum.

Idem Varro indicat sequentibus verbis, *Qui sponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte ejus, id est, voluntate exierat. non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus.* Sensus, si volebat, dabat tamen; si vero, etsi non volebat, tamen dabat; id est, tenebatur tamen actione ex stipulatu dare ideo, quod sufficeret Civili Jure, promissionem de promittentis sponte esse profectam; denique apud Prætorem de jure, non de moribus atque officiis, ut apud Censorem, ageretur. Pergit enim Varro, *Nam in Comædiis vides dici, Sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum pratorium jus ad legem, & censorium judicium ad æquum estimabatur.* Varro vult, Prætores olim legibus, Censores æquitati, servivisse. igitur Prætores tum, si quis per jocum respondisset interroganti, ex legibus jus dixisse; etsi æquitas resisteret: tantum, quia sponsor sponte locutus diceretur; idque legibus sufficeret. & addit Varro joci exemplum: ut, si quis in comædia spondeat. Ita olim fuit. Sed deinde & Prætor cœpit de sponsu ita jus dicere; ut, si jocandi causa dictum esset, *spondeo*, daret quidem actionem Civili Jure, verum ut ei adderet exceptionem: eaque opposita, obligatio per jocum contracta, etsi Civili Jure valeret, tamen Prætorio Jure pro

nulla haberetur. Atque hoc in primis invaluisse opinor; postquam Gallus Aquilius (quod Cicero *lib. 3. De officiis* docet) introduxit de dolo malo formulas: scilicet, ne cui dolus suus per occasionem Juris Civilis prodesset contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1. D. de exceptione doli mali.* Obrinuit vero ea exceptio, non modo si quis, cum aliter per machinationem obligatus esset; sed & si nullus stipulantis dolus intercessisset, verum ipsa res in se dolum haberet: ut, si sine causa stipulatus sit, & deinde ex ea stipulatione experiatur. nam etsi ab initio nihil dolo malo admiserit; tamen, cum litem contestatur, dolo facit qui perseverat ex ea stipulatione petere *l. 2. §. 3. D. eod. tit. & l. 36. D. de verborum obligationibus.* Et hoc porro Varro vult; cum subjicit, *Itaque qui ad id, quod rogatur, non dicit, non respondet, ut non respondet ille statim qui dixit spondeo, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. itaque quisquis dicit in tragœdia. Meministine te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* id est, non potest cum effectu agi: quia jam opposita doli mali exceptione fit: ut nihil intersit, utrum quis ab initio actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l. 112. D. de regulis juris.* Atque eo quoque sensu accipi debet Paulus *l. 3. §. ult. D. de obligationibus & actionibus.*



FINIS.



NOTI-

NOTITIA CAPITULUM HUIUS OPERIS.

CAP. I. Ita obtinuisse plurimarum gentium humaniorum, & in primis Græcarum, legibus ac moribus, ut parentum arbitrio permitteretur, utrum vellent tollere, an exponere, aut necare, infantes recens natos. 494

II. In urbe Roma non licuisse parentibus ex lege Romuli, ac XII. Tabularum, necare aut exponere infantes recens natos, imprimis masculos, & ex sequiore sexu filias primogenitas, nisi illi infantes a vicinis quinque proximis iudicati essent monstri, debiles, aut insignes ad deformitatem; ac si contra facerent parentes, constitutas lege pœnas fuisse. Sed insecutorum temporum mores eam legem usque adeo in potestatem suam rede gisse, ut parentibus facerent jus, liberos recens natos, qualescumque essent, exponere, aut necare, sine metu criminis, eosque mores valuisse temporibus Jurisconsultorum quorum Fragmentis censetur Pandectarum corpus. ibid.

III. Eos mores non videri expunctos Senatusconsulto Planciano, neque altero quod dicitur tempore Divi Hadriani factum, neque Rescripto Divorum Fratrum, neque Edicto Pratoris, neque remedio quod majori trimo extra ordinem indulgetur. 496

IV. Ea, & similia, remedia fuisse civilia; & ad vindicandum crimen minime pertinuisse. Ipsa, nec alia, sub Paganis Imperatoribus viguisse. Expositi præsertim Impp. Diocletianus & Maximianus l. 16. C. de nuptiis. 497

V. Etiam sub Christianis Imperatoribus, & nominatim sub Constantino, fuisse licitam impunitamque infantum expositionem. 498

VI. Primos infantum expositionem prohibuisse Imperatores, Valentinianum, Valentem, & Gratianum l. 2. C. de infantibus expositis. Qua sit ea in lege constituta animadversio, ab Accursio, aliisque doctis viris frustra peti ex l. 1. §. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis, item l. 9. C. de patria

potestate, & l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis. 500

VII. In exponendis Veterum monumentis frequentissima Viris, etiam eruditissimis, esse argumenta a consequentia; sed fallacissima esse, & evitanda his qui ad laudem vera eruditionis aspirant, exemplis pulcherrimis demonstratum: simul expedita quadam, atque eadem intricata, Juris Civilis capita. 501

VIII. Pauli l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis novus & verus intellectus. 503

IX. Constitutam animadversionem cujus mentio fit d. l. 2. C. de infantibus expositis, non aliunde petendam, quam ex l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis. Uterque locus diligenter & plene expositus, rejectis Jacobi Cujacii, Jacobi Revardi, aliorumque, opinionibus. 504

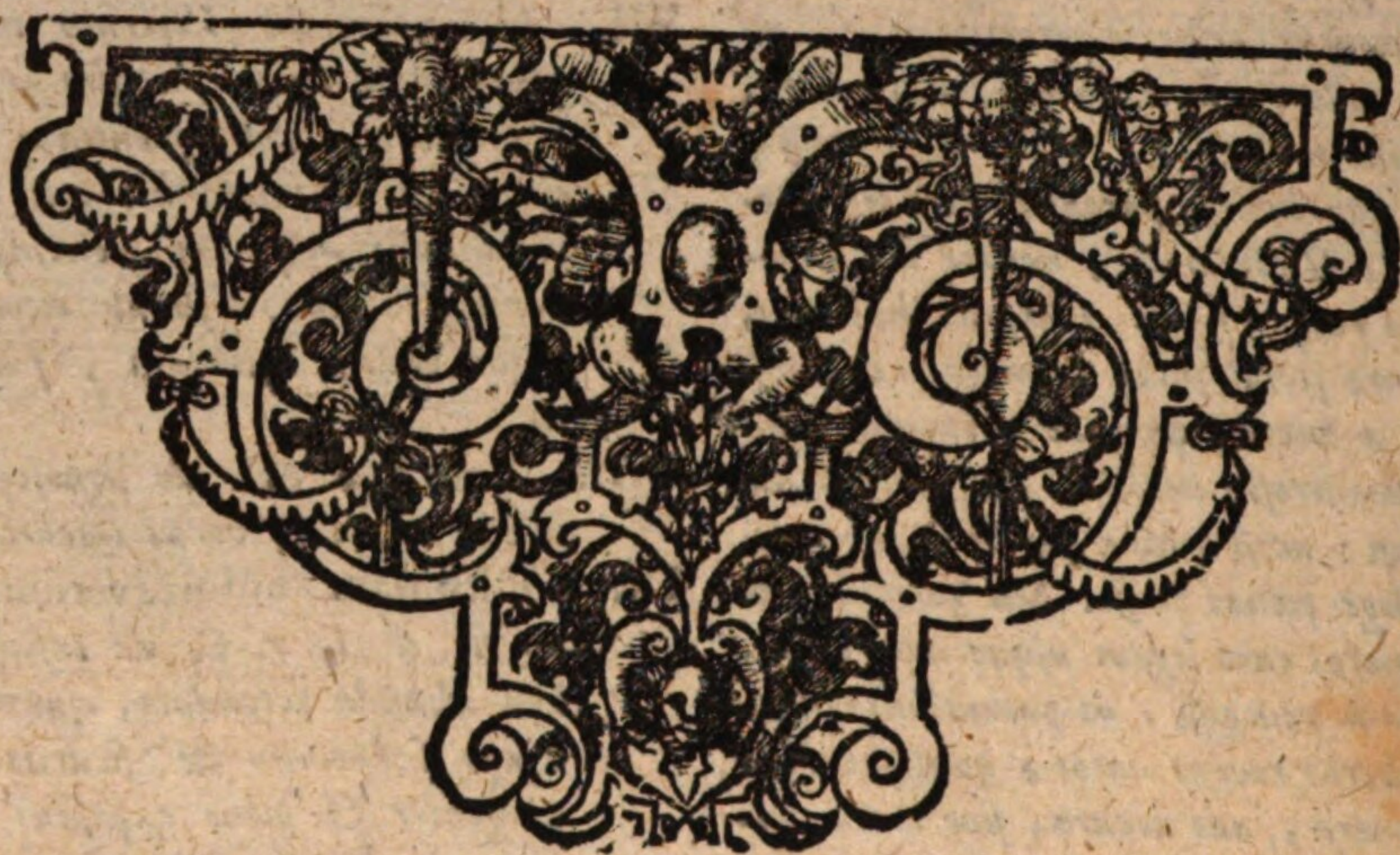
X. De præceptis juris: & quo sensu Ulpianus l. 10. §. 1. D. Justitia & Jure dixerit, Juris præcepta esse, honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. Et quomodo ea distinguantur a legis virtute quam Modestinus l. 7. D. de legibus ait esse, Imperare, veritate, permittere, punire. 506

XI. Aliquando evenire, mitescentibus paulatim hominum ingeniis; ut quæ ante erant in præceptis, deinde ad Juris regulas transeant. Ejus rei exemplum perquam elegans esse in expositione, & nece, recens nati infantis: item in procuratione abortus. Quando coeperit crimen abortivi quod mulier ipsa sibi faceret, puniri. Et an a constituta ei pœna recte fiat argumentum ad pœnam infantis expositioni, aut neci, positam? Non videri. Marcianus & Tryphonius expositi l. 39. D. de pœnis, & l. 4. D. de extraordinariis criminibus. Aliud exemplum in fideicommissis. Aliud in testimonio familia emptoris & heredis. Item in beneficio ordinis quod fi-

de iussoribus competit. Denique in stipulationibus & promissionibus jocandi animo factis. Notabilis differentia inter Pratoriam

& Censoriam cognitionem. Varroni lux loco egregio & obscuro.

FINIS.



GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
AMICA RESPONSIO.

AD DIFFICULTATES

JULIO PAULO,
SIVE LIBRO DE PARTUS EXPOSITIONE ET NECE, NU-
PER MOTAS A VIRO AMPLISSIMO, CORNELIO VAN
BYNKERSHOEK, JURISCONSULTO ET IN SUPRE-
MA HOLLANDIÆ, ZELANDIÆ, ET WESTFRI-
SIÆ CURIA SENATORE, OPUSCULO DE
JURE OCCIDENDI, VENDENDI, ET
EXPONENDI LIBEROS APUD
ROMANOS.

GERARDUS

IN

AMICA RESPON

AD

JULIO PA

THE LIBRO

LA NOTAS

BYNRSORE

MA HOLLA

ST CURIA

THE CAL

EXTONEN

ROMANOS

GERARDINOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

AMICA RESPONSIO.



Uem mihi destinavi finem, animum appellens olim ad confectionem *Julii Pauli*, sive *libri singularis de partus expositione & nece apud Veteres*, is finis fuit, inter alia neque inelegantia, neque ante pervulgata, in *l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis* detegere mentem *Julii Pauli*, per aliquot secula a nobilibus ingeniis sedulo investigatam, verum a nullo, quantum memini, repertam aut demonstratam. Erat vero pretium operæ, videri, cognosci, intelligi rem insignem: ad quam suo tempore, ac suo modo, intendit *Julius Paulus*; & alio in compositione *Pandectarum* Imperator *Justinianus*. Non enim idem utriusque iter fuit; sed quod suus ostendet locus, diversum, utrumque tamen ante obstructum, omnium obfuit industriæ. a me deprehensum nescio quo fato, certe favente fortuna indefessæ diligentia, admodum juveni sine cavillatione primum aperuit in *d. l. 4.* utriusque sensum, discussis tenebris, cum tanto tempore abscondentibus. Nec dissimulo, mihi postea tam gratum, quam decorum, fuisse consensum hominum egregiorum ad quos devenit Opus meum. Quamquam tertium communicato cum erudito orbe, (ut raro idem sapit omnibus) vidi, Amplissimum Virum, mihi in primis amicum, *Cornelium Van Bynkershoek*, Jurisconsultum Inclytum, & in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Westfrisiæ Curia Allessorem, edito *Opusculo de jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos*, nuper pleaque quæ mihi inciderunt *Julio Paulo*, sollicitare omnia. Invidere alienæ libertati, numquam fuit moris mei. meæ vero me oblivisci, cum possit aliis prodesse, neque ratio velit, neque Dominus *Van Bynkershoek*. Erit igitur jus utrique, in re sciri dignissima, sua quemque argumenta in medium pari libertate conferre; & quid plus minusve ad verisimile accedat, citra damnum affectus, aliis ad discernendum relinquere: unoquoque quod ipse cogitaverit, ob naturalem ejus amorem, semper optimum ducente.

De cætero duplex nos occupabit cura: una est, quamdiu parentibus in Foro Romano fuerit permixtum, liberos natos, antequam suscepti, agniti, aliquæ jussi essent, pro arbitrio exponere aut necare. Altera est, quando abortus mulieris, medicamento ab illa sponte sumpto, in eodem Foro pro crimine haberi puniriq; cæperit.

Ut autem evitetur in disputando confusio, observari in adeam, quod & volui in *Præfatione Julii Pauli*, non verti: utrum fuerit ex decoro Populi Romani, fœdam atque impiam tolli consuetudinem: sed quo ea desierit tempore, proinde,

quod distat, non in jure, sed in facto, consistit; & ut expediatur, non dabo locum argumento a pio, justo, honesto; nec contra a turpi aut absurdo: expertus, omnia illa, quando peræque recipit vita communis, privata hominum singulorum, & publica civitatum, ad facti demonstrationem, tamquam fallacia, nihil valere. tantum petendam puto ejus probationem inde, unde per humanam conditionem haberi potest tutius: id est, a testibus & exemplis temporis rei gestæ. estque idcirco hæc disputandi forma ad quam ratio ducit, a me religiose servata & hic, & ante in *Julio Paulo*. Eandem formam postea etiam sibi præscripsit Dominus *Van Bynkershoek c. 111. Opusc. p. 154.* sed præscriptam neglexit penitus: semper usus argumentis ac consequentiis: numquam testibus aut exemplis temporis cujus usum investigamus. Quam habuerit causam variandi, nescio. variasse, quisquis in rem præsentem venerit, deprehender statim. proinde nec mirum, nos qui contrariam tenemus viam, non eodem exire.

Hiscæ præmissis, nunc me moveo ad propositas quæstiones. In priore fert mea opinio, fuisse parentibus apud Romanos, more aliarum Gentium, alioquin a cultura vitæ elegantioris non abhorrentium, permixtum, liberos natos, ac nondum susceptos, aliquæ jussos, pro arbitrio tollere, exponere, necare, Jure *Pandectarum* & *Codiciis*, usque ad Principatum *Valentiniani*, *Valentis* & *Gratiani*: quibus visum, inveteratæ crudelitati extra ordinem capitali supplicio occurrere in *l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis* & *l. 2. C. de infantibus expositis*: idque pro sua sagacitate unum esse subodoratum *V. CL. Justum Lipsium Cent. 1. Ad Belgas Epist. 58.* non sine præfatione honoris indicavi *Julio Paulo c. ix.* Dixi tamen ibi quod res est, tantum subodoratum. Nunc fas sit addere, non vituperandum ideo fuisse ab Amplissimo Senatore *Opusc. c. vii. pag. 196. & seq.* quasi inepte affectantem in Jure quod non intelligebat. contra esse laudandum puto studium conati, Jurisprudentiam nova conjectura ut non ex solido, at pro copia, adjuvare. Ego interim nec caruisse ornamento Juris scientiæ elegantioris, multis rebus intellexi. In præsentia autem æque ac *d. c. ix.* grato adgnosco animo, ejus beneficio me quod ante nemo vidit, nec ipse adhuc expedit Dominus *Van Bynkershoek*, in clara luce posuisse. Ac bonum factum *Antonii Schultingii*, Viri Præstabilis, Cognati, Collegæ, & Amici mei, *Notis ad Paulum lib. 2. Sentent. tit. 24. pag. 315. & lib. 5. tit. 1. pag. 431.* in hisce & *Lipso*, & mihi, sua suffragatione non ita pridem applaudentis.

Quod

Quod tamen visum mihi, non placet Bynkershoekio in *Prefatione ad Lectorem* & in *Opusculo* c. vii. & ix. existimanti, non fuisse patri usque ad Principatum Valentiniani, Valentis, & Gratiani, concessam infantum expositionem necemque, sed eam diu ante fuisse abolitam jam a tempore Trajani, Hadriani, & Antonini Pii: inde adempto illi in liberos, sine ætatis discrimine, jure vitæ & necis, ac posita, si contra faceret, extra ordinem pœna mortis vel minore pro re nata.

Sed aut fallit me animus meus, aut quod egi *Julio Paulo*, ita vero admovetur: ut vix alia probatione indigeat: consentiente in primis Viro Amplissimo in *d. Prefatione* & *d. c. ix.* & x. infantum expositionem parentibus fuisse indultam usque ad Principatum Trajani, Hadriani & Antonini Pii. Nam si tamdiu liberam a crimine & pœna fuisse confitetur; nec probat, (quod nusquam fecit; negare enim quod solum facit, non est probare; ne artis quidem est aut doctrinæ) si, inquam, non ostendit, deinde veritam ac coërcitam fuisse expositionem: quid est verius, quam ad Valentinianum, Valentem, & Gratianum, sine crimine & pœna perseverasse, medio tempore non mutatam?

Posset sic perorata videri causa: sed cogitanti, serio componere motos fluctus, lubet obiter & quasi per indicem, in memoriam revocare c. i i. & iv. *Julii Pauli* explicita a me, postrema præsertim Operis editione, testimonia Veterum, istos Fori Romani mores sub Trajano & deinceps sine circuitu asserentium. Sic agam: partes primas daturus Christianis; insequentibus Gentilibus. Est autem celebris apud Christianos Justinii Martyris Apologia secunda, pro Christianis scripta ad Antoninum Pium, ejusque filios, Verissimum qui est Marcus Antoninus, & Lucium Verum, itemque ad Senatum, & Populum Romanum. In hac Apologia vir ille sapiens, Christianos defensurus adversus Gentilium calumniam de infanticidio & convivio incesto, non timuit pag. 70. editionis *Parisensis apud Morelimum anni 1636*, facta utriusque sectæ comparatione, confirmare, inter alios Populi Romani mores, a Christianis habitos pro improbis, esse infantum expositionem ac necem: sed hanc cum cæteris jure publico a Gentilibus licitam atque impunitam relinqui. Evidens esse hoc Justinii Martyris testimonium, nemo neget, inspectis loci verbis, quin sincerum sit, ego cur dubitem? tu quoque non petas melius. quo tamen cumulatior sit ejus auctoritas, addam, quod idem simili consilio testatus sub Severo & Antonino Caracalla est Minucius Felix *Octavio* c. 30. & 31. tum sub iisdem Principibus Tertullianus *lib. 1. Ad nationes* c. 15. & in *Apologetico* c. 9. etiam sub Constantino *Lactantius lib. 6. Divin. instit. c. 20.* & in *Epitome* c. 6. & quidem omnes tam diserte ac perspicue, ut nemini, nisi cui libido sit de omnibus, vel certissimis, ambigere, post se relinquant dubitationem. Nihil jacto: loquor simpliciter: & esse vera quæ dixi, rebus comperiet necessariis, quisquis mentis suæ oculos a me *Julio Paulo* scriptis ad illorum intellectum, curiosius adjecerit.

Aliquem deterreat contraria sententia Amplissimi Bynkershoekii *Opusculi* c. x, omnium fidem Christianorum pro vana aut mendace una litura expungentis. Sed me solatur, quod non constat sibi, nam meditantem aliorum scripta arguere, ante sollicite inquirere, & pro certo nosse oportet, an & qua causa quid rejicere & velit & debeat. securum

vero talis diligentia fuisse Virum Amplissimum, mihi indicio sunt ejus verba, *d. c. x.* palam fluctuantia pag. 225. & 226. primum enim accusat Christianos Scriptores erroris, etiam mendacii: quod dicant, infantum expositionem sua ætate apud Gentiles fuisse licitam: cum, ejus opinione, esset destitabilis. mox deinde pro vero obtinet contrarium, Nullum Christianorum dixisse, patres sua ætate adblandientes sibi puerulos jure licito aut elisisse aut exposuisse: sed ejus sceleris immanitatem & frequentiam narrare primum, deinde damnare, & præterea nihil. Objicit ergo Christianis meis duo, ipsa pugnantia usque adeo; ut uno vestigio simul nequeant insistere. Hanc porro inconstantiam a veri intelligentia proficisci, non credam ego: ac si contrarium malit Vir Amplissimus; nemini id persuasurum confido: nec magis extorturum cuiquam, ullo jure se erroris aut mendacii damnare quos an aut cur eo damnet nomine, ipse nesciat. Sed profecto ne famæ Christianorum noceat ista Viri Amplissimi accusatio duplex; primum in mora est ejus ignorantia tam manifesta vacillatione intellecta. deinde, quod neutra ex vero colorem ducit, alteram enim vincit Christianorum consensus de licita eorum tempore infantum expositione ac necce; eo validius, quod contraria ejus juris negatio, est singularis Viri Amplissimi, tum hujus temporis, & incerta plane. Christianorum vero assertio est multorum, præterea vetus, unanimis, constans, etiam Gentilium suffragio suffulta; ut in loco apparebit. altera omni caret probatione ad demonstrationem vanitatis aut mendacii Christianis objecti, necessaria. Sane pro tali apud me non cedat prima hæc ejus proclamatio, *Veteres Christianos sæpe de bona fide parum sollicitos, Gentilibus adversarius suis plurima exprobrasse, atque si pro licitis haberent quæ ipsi eorumque leges palam detestabantur.* Sic cenleo: nec opus quæri causam, ultro liquidam: ea causa est, protestatio ab hac lire toto cælo remota. Nec major est vis secundæ: *Plus semel illos Patres insurgere in seculi vitia, in mores corruptos, in facem populi, in turbam sine nomine, qua tantum non legibus soluta vivit.* Ne video quidem, qua causa, quo fine, quo sensu, his eodem subjungat spiritum: *Quæ omnia non recte detorqueri ad viros bonos & utiles rei publicæ cives qui legibus vivebant & magistratibus parebant.* Idem dicam de adjectione tertia. Possum sexcenta hujusmodi proferre quæ nisi dicerent *Venerandi Patres*, ego convicia de plastro dicerem. Sunt enim verba & nuda & privata Viri Amplissimi: eoque aliis non præjudicantia. Postremo leniturus orationem, nec sic conjectat aut certius, aut ad rem accommodatius: *Etiā Christianos Gentilibus promiscue objicere vulgi flagitia, ignaros legibus esse vetita: meliores videlicet Theologos, quam jurisconsultos. quin forte existimasse, licita, quod vitia in mores migraverunt, & inter leges creverat delictorum frequentia.* Igitur quantum ad Scriptores Christianos attinet: nil habent meruere a censura Viri Amplissimi, plena erroris, & ipsa se destruyente, tum singulari, postremo vaga, & hanc litem nulla ex parte attingente. Ego vero præter hæc optem, exercitam non fuisse ab Amico Honorato: judicaturis quibus studium sit, se æquos præbere omnibus, (quod omnes bonos facere decet) non convenire ejus comitati, prudentiæ, dignitati, Scriptores Veteres, ingenii solertia nominis claritatem per tot secula retinentes apud viros doctos & laudatos, tam adspernanter habere; eoque rumpere, non solve, nodum sibi incommodum.

Ita liceret mihi adquiescere hactenus pro Christiana sinceritate dictis. sed permittes mihi, ea haberi tantum quasi praeambula defensionis quam paro; & de universis quæ ad eam spectant, nunc ire in consilium, quam potero, exactissime, sequestrato paulisper isto Christianorum contemptu. Unde datur nobis hodie cognoscere, & finire licet de tempore antiquari ante multa secula moris necandi exponendique infantes; præterquam ex memoria eorum quibus re integra opportunum erat, scire quod nunc aliunde non apparet? id divinare (præter hoc enim nihil restat) verius aptiusve ratiocinatione, quam illis licuerit fide oculorum, & sola præsentis temporis intelligere, quo modo, si sapimus, speret alter nostrum? Insuper volo interrogare, quanta Juris scientia fuerit opus significaturis, an ipsorum ævo parentibus esset permissum, infantes tantum quod natos, pro arbitrio tollere, exponere, necare? Conferamus, nisi grave est, nostra tempora cum illis vetustis: quisquamne hodie, utrum jure concessum, an vetitum, sit parentibus exponere aut necare infantes, laborat usquam sanus homo? quisquamne, ut sciat, quid se facere ea in re oporteat, ullius umquam adit Jurisconsulti domum? Cur aliud fuerit olim? nam & tum erat cunctis notum, quid liceret: a nullo ignorabatur nato homine: atque ut ad constringendam singulorum vitam pertinebat, debebat ab omnibus intelligi: legibus solitis, ne ab ullo peccetur, in commune scribi omnibus, tam summis, quam infimis *l. 1. l. 3. D. l. 3. l. 9. C. de legibus*: sicut putant, omnes, oblata occasione, peræque esse improbos. Solos vero quod sciebant, quod videbant, quod loquebantur omnes, ne comædiæ quidem reticebant, qua fronte credimus, latuisse Christianis: ut ut essent secundum Amplissimum Senatorem meliores Theologi, quam Jurisconsulti?

Sed ut perfectius adhuc servetur Christianorum decus, distinctiusque respondeatur castigationibus quibus in repellendis eorum testimoniis magna fiducia usus est Vir Clarissimus: non tædet me, ulterius ostendere, ne fuisse quidem illos homines ineptos, rudes, illiteratos: sed doctos, & peritos rerum, etiam civilium. primum an est dubia hæc Tertulliani gloria? atqui ex ejus monumentis plurima valuisse eruditione, legum quoque ac consuetudinum fuisse scientem, liquet omnibus: nec inficiatur Dominus Van Bynkershoek *Opusc. c. x. pag. 226*. Quid si probabile est præterea, Lactantium, illum sub Constantino Rhetorem, non minus gnarum Juris Civilis fuisse, quam facundum & literis præstantem? utrumque ex *Divinis ejus Institutionibus* constat. præterquam quod necessariam Oratori esse Juris Civilis notitiam, ignorari non sinit Quintilianus *lib. 12. Inst. orat. c. 3*. Jam Minucium Felicem quo similiter usus sum teste, (& quod notandum, de visu: nam de se hoc ipse refert *Octavio c. 30*.) tam Romæ causas egisse in jure, quam multiplice doctrina & eloquentia excelluisse, ex *d. Opere* patet. quin fuisse non ignobilis in Foro inter causidicos loci, bonus auctor est Lactantius *lib. 5. Divin. inst. c. 1*. Atque hæc si sunt, ut negari nequit, explorata: judicet, quisquis volet; ullane sit Amplissimo Senatori causa, vel minima, male existimandi de ingeniis Christianorum Scriptorum, eorumque testimonia specie ignorantiae Juris, pro vilibus rejiciendi in re manifesta omnibus, etiam infimis.

At fuerunt parum solliciti de fide bona: quin
Noode Operum Tomus 1.

plurima sæpe dederunt fallaciis, fraudibus, ac conviciis, vel plaustro dignis: Gentiles, adversarios suos, facturi odiosos. Audio. Verum convincendi sunt ejus nequitiae, accusari enim possunt optimi. id quotidie fit: & in priore claret articulo. præterea notari oportet, esse hic, hic inquam, alia enim, hinc aliena, prætermisso, controversiam de re una, ea non unius aut alterius errore, aut fictione, quali quali aliquando producta abdito ex recessu aliquo: sed unicuique omni occasione, loco, tempore, obvia: eoque summis, mediis, infimis, peræque indubitata. In ea an potuit, nisi stultis, quales illos nemo appellet sapiens atque intelligens, apud Philosophos (nam cum his contendebant de integritate & excellentia sectæ) incassum obrepere cogitatio tam humilis & inverecunda, quam temeraria, ac nihil profutura? Adhuc de privata Octavii, verbi gratia, cum Cæcilio Natali disputatione eximia apud Minucium Felicem loquor. Quid, si pro disciplina Christiana Tertullianus verba fecit apud Magistratus Populi Romani, de ipsa solitos, ut initio *Apologetici* ait, pro tribunali judicare? quid si ad Principem, Senatum, & Populum Romanum *Apologetiam secundam* pro Christianis scripsit Justinus Martyr? vel hic debuit parci mendaciis manifestis, tam certa veneratione majestatis.

Sic ista præsumptio, & speciosa admodum, nondum intellecta veritate: at detecta, & cognita, quid facit præsumptio? est autem unus, ut de cæteris fileatur, Minucius Felix, imperitiæ, aut improbitatis, aut utriusque manifestus: visus nempe Domino Van Bynkershoek *Opusc. c. x. pag. 225*, multa protervia Gentilibus publicam exprobrare indulgentiam, nedum expositionis infantum qua de agimus; sed quo evidentior fit fallacia, etiam aliorum criminum. Quorum? Homicidii atque Adulterii. plura vult intelligi. hæc nominat: indignatus, ea fraude illum suos Christianos in *Octavio* ab his ita vindicare: *Nobis homicidium nec fas videre, nec audire*. Et mox: *At nos pudorem non facie, sed mente præstamus, unius matrimonii vinculo lubenter inherentes*. Quæ appositæ verba, excerpit ex *c. 30. § 31*: atque ipsa mox explosit quali falsa. Quo argumento? optimo hoc & certo; (sic putat) quod *contra homicidium præsto est Lex Cornelia; & contra adulterium Lex Julia*. At mihi proclive est, existimare, quod pro falso protervoque culpat & damnat Bynkershoekius, ipsi Minucio Felici numquam venisse in mentem. ne cerno quidem, quemadmodum permiserit sibi Doctissimus Senator, arbitrari, tam socordem atque insulsum fuisse illum consultum, doctum, ac nobilem Fori Romani Causidicum: ut aut nesciret latrocinio irasci Legem Corneliæ; & adversus adulterium insurgere Legem Juliam; aut se adversariis suis, mimine stultis aut hebetibus, persuasurum, non esse Leges quas noverant omnes, & in judiciis publicis quotidie exerceri videbant omnes. Sunt hæc nimis diluta. Ipse melius ominor, a Minucio Felice de homicidio & adulterio dicta a mendacio, fallacia, proterviaque, tota via abesse: accepta præsertim, sic oportet, ex disciplina Veterum Christianorum: cujus præceptis ille sustinuit suorum innocentiam tueri, & Gentilium calumniam de infanticidio & convivio incesto, mendacii convincere. Id ostendi res postulat; & si probem, quod facturum me confido, vicero.

De homicidio primum agam: arbitratus, Minucio Felici d. c. 30, cum ait, *Nobis*, id est, Christianis, non esse fas, homicidium videre, nec audire, in oculis non fuisse latrocinium, Lege Cornelia vetitum: quod credidit Bynkershoekius: sed alias homicidii species, Christiana quidem lenitate improbatas, at publice licitas. finge, homicidia, voluptatis gratia fieri solita in arena, in Amphitheatro, in spectaculis publicis, sive feris bestiis, sive invicem sibi objicerentur gladiatores noxii, aut alii, arenae se locantes. In eodem numero pone cædem voluntariam, nusquam prohibitam jure publico; si fiat tædio vitæ, non mala conscientia: etiam accusationem criminis capitalis, quantumvis legibus permissam in judicio publico: tum militiam; & quod ante omnia notandum fuit, illam de qua disputamus infantum expositionem ac necem. Omnia hæc erant publice concessa: sola Christianorum secta impia & damnata. Absit igitur, ut possint aut debeant Domino Van Bynkershoek mendacia videri, & convicia de plaustro appellari. Subrides, video. sed quod ad spectacula attinet: ejus auctorem habeo Athenagoram *Apolog. pro Christianis* pag. 38. editionis Parisiensis apud Morellum: etiam Prudentium lib. 1. *Adversus Symmachum* vers. 379. & seqq. item lib. 2. ad fin. atque optantem id mutari a Christiano Principe. Pauca dixi. idem, & cætera omnia, ne excepta quidem infantum expositione ac nece, testatur Lactantius in *Epitome* c. 6. & lib. 6. *Divin. inst.* c. 20. Verba utriusque loci adscribam, etsi complura: quia a stirpe tollunt litem, a Viro Amplissimo motam. Verba prioris loci. *Quid tam horribile, tam tetrum, quam hominis irucidatio? ideo severissimis legibus vita nostra multatur: ideo bella execrabilia sunt. inventa tamen consuetudo, quatenus homicidium sine bello, ac sine legibus faciant, & hoc ut scelus vindicent. quod si interesse homicidio, sceleris conscientia est, & eodem facinore spectator obstrictus est, quo & admissor. ergo & his gladiatorum sceleribus non minus cruore perfunditur qui spectat, quam ille qui facit: nec potest esse immunis a sanguine qui voluit effundi: aut videri non interfecisse qui interfectori & favet & premium postulavit. Et post: Vetus præceptum est, non occidere. quod sic accipi debet, non tamquam jubeamur ab homicidio tantum, quod etiam legibus publicis jubetur, manus abstinere, sed nec jussione interposita, nec verbo licet periculum inferre, nec infantem necare aut exponere, nec se ipsum voluntaria morte damnare.* Verba prioris loci cernis: ipsa ad demonstranda quæ expectas, liquida. Sequentia sunt posterioris, & aliquanto pleniora. *Qui hominem, quamvis ob merita damnatum, in conspectu suo jugulari pro voluptate computat, conscientiam suam polluit, tam scilicet, quam si homicidii quod sit occulte, spectator & particeps fiat. Hos tamen ludos vocant, in quibus humanus sanguis effunditur. Adeo longe ab hominibus secessit humanitas, ut cum animas hominum interficiant, ludere se opinentur, nocentiores iis omnibus quorum sanguinem voluptati habent. Quæro nunc, an possint pii & justi homines esse, qui constitutos sub ictu mortis, ac misericordiam deprecantes, non tantum patiuntur occidi, sed efflagitant, feruntque ad mortem crudelia suffragia, nec vulneribus satiati, nec cruore contenti, quin etiam percussos jacentesque repeti jubent, & cadavera ictibus dissipari, ne quis illos simulata morte deludat. irascuntur etiam pugnantibus, nisi celeriter e duobus alter occisus est, & tamquam humanum sanguinem sitiant, oderunt moras. Alios illis compares dari possunt recentiores, ut quam*

primum oculos suos satient. *Hac consuetudine imbuti, humanitatem perdiderunt. Itaque non parcunt etiam innocentibus, sed exercent in omnes, quod in malorum trucidatione didicerunt. Hujus igitur publici homicidii socios & participes esse non convenit eos qui justitiam tenere nituntur. Non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum prohibet, quod ne per leges quidem publicas licet: sed ea quoque ne fiant, monet, quæ apud homines pro licitis habentur. ita neque militare justo licebit, cujus militia est in ipsa justitia: neque vero accusare quemquam crimine capitali, quia nihil distat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occisio ipsa prohibetur. Itaque in hoc Dei præcepto nullam prorsus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem sit semper nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis existimet, ut recentes natos liceat oblidere quæ vel maxima est impietas. ad vitam enim Deus inspirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod sit facinus, quo manus suas non polluant, rudibus adhuc & simplicibus animis abnegant lucem non a se datam. Expectet vero aliquis, ut alieno sanguini parcant, qui non parcunt suo. sed hi sine ulla controversia scelerati, & injusti, quid illi quos falsa pietas cogit exponere? Non possunt innocentes existimari qui viscera sua in prædam canibus objiciunt, & quantum in ipsis est, crudelius necant, quam si strangulassent. Quis dubitet, quin impius sit qui aliena misericordia locum non tribuit? qui etiamsi contingat ei, ut alatur, addixit certe sanguinem suum vel ad servitutem vel ad lupanar. Quæ autem possint vel soleant accidere in utroque sexu vel per errorem, quis non intelligit, quis ignorat? quod vel unius Oedipodis declarat exemplum, duplici scelere confusum. Tam igitur nefarium est exponere, quam necare. Lactantius inter cætera quæ nobis sunt in quæstione, sine scrupulo probat, etiam infantum expositionem & necem apud Gentiles quidem suo tempore jure publico fuisse permissam: at a Christianis tamquam impiam fuisse damnatam: simul, Minucii Felicis verba, *Nobis homicidium nec fas videre, nec audire, a convicio, fallacia, & protervia, id est, ab objurgatione Domini Van Bynkershoek esse liberam.**

Similis sit solutio ænigmati de impunitate adulterii, a Minucio Felice Gentilibus falso proterve objici credita a Viro Amplissimo. Nam ne hanc quidem somniavit Minucius. contra, cum dixit objecto loco, *At nos Pudorem non facie, sed mente præstamus, unius matrimonii vinculo lubenter inherentes, solum voluit, Lege Julia de adulteriis & stupris coercendis ad complura conniveri adulterii & stupri genera: a quibus, etsi licitis ea Lege, Christiana disciplina suos abstrahit, tamquam a vetitis: nam jubere, suos unius matrimonii vinculo (id est, una uxore: matrimonium enim pro uxore dicit; ut sæpe Veteres) esse contentos: nec sequi alias, non dicam matronas aut virgines viduasve honestas a quibus abstineri, etiam Lex Julia imperat: sed nec ancillas aliasve mulieres liberas, viles, vulgares meretrices cum quibus Lex Julia adulterium stuprumve admitti neque vetat, neque admissum pro adulterio aut stupro punit. certa hæc ex l. 22. l. 25. l. 29. C. Ad Leg. Jul. de adult. nec incognita Ovidio lib. 1. De arte amandi vers. 31. & seqq. Verba.*

Este procul vitta tennes, insigne pudoris,

Quæque tegis medios instituta longa pedes.

Nos Venerem tutam concessaque furta canemus.

Tenes sic laxitatem publicæ Gentilium disciplinæ. quæris rigorem Christianæ, ab illa abhorrentis ex sententia Minucii Felicis. Accipe ab Hierony-

ronymo. is *Epistola ad Oceanum* pag. 200. edit. Basil. anni 1524. tom. 1. sic scribit: *Alia sunt leges Caesarum, alia Christi. aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit. apud illos viris impudicitia frena laxantur, & solo stupro atque adulterio damnato, passim per lupanaria & ancillulas libido permittitur; quasi culpam dignitas faciat, non voluntas: apud nos quod non licet feminis, aequè non licet viris; & eadem servitus pari conditione censetur.* Sic Hieronymus. nec minus Lactantius lib. 6. *Divin. instit. c. 20 & in Epitome c. 6.* sed locus prior sufficiet. is sic habet. *Nondum omnia castitatis officia executus sum, quam non modo Deus intra privatos parietes, sed etiam præscripto lectuli terminat; ut cum quis habeat uxorem, neque liberam habere insuper velit, sed matrimonio fidem servet. Non enim sicut juris publici ratio est, sola mulier adultera est, quæ habet alium: maritus autem, etiam si plures habeat, a crimine adulterii solutus est: sed divina lex ita duos in matrimonium, quod est in corpus unum, pari jure conjungit, ut adulter habeatur, quisquis compagem corporis in diversa distraxerit.* Sed quid ego ex Lactantio & Hieronymo sector Minucii Felicis sensum? cum in *Octavio c. 35.* hæc comperiam ejus verba: *Si vobiscum Christiani comparemur, quamvis in nonnullis disciplina nostra minor est, multo tamen vobis meliores deprehendemur. Vos enim adulteria prohibetis & facitis: nos uxoribus tantum viri nascimur.* Sensus Minucii Felicis: Licet ex Christianis nonnullos, sive aliquos, non omnino, ut oportet, in officio teneat Christiana disciplina; eoque forte in his sit minor, sive possit minus efficax videri: multo tamen vobiscum comparati, o Gentiles, vobis, id est, vestra secta melior deprehendetur nostra. Vos enim adulteria prohibetis Lege Julia: & tamen hac permittente facitis manifeste cum ancillis videlicet, etiam cum mulieribus liberis, vilibus & vulgaribus, id est, meretricibus. At nos uxoribus tantum viri nascimur: volente secta, nos una esse contentos uxore, nec sectari aut ancillas, aut meretrices alias, etsi impune, & connivente Lege Julia.

Sed finiamus: nam asserta sic, adversus singularem observationem Domini Van Bynkershoek, integritate & existimatione Minucii Felicis, cæterorumque Christianorum Scriptorum, plenissime constat ratio omnibus quæ de infantum expositione & nece dixi eorum fide: liceretque mihi ulteriore supersedere cura: nisi promississem, etiam Gentilium uti testimoniis, quod ex Christianis dictum, publici juris fuisse, æque clare significantibus. Age igitur, pareamus vel hujus debiti solutioni. Res extat apud Plautum & Terentium locis, paulo post allegandis. Nec causa Domino Van Bynkershoek sic scribendi in *Opusc. c. vii. pag. 193.* *Non ut in comædiis, ita in jure quo de agimus, patris electio est, velletne tollere liberos, an occidere.* Unde enim Comicis materia, nisi ex moribus Populi? nonne illis finis, *Humanos mores nosse & describere?* Sic observat Hieronymus *Epist. ad Furiam de viduitate servanda pag. 82.* Præterea solent Juris Interpretes res facti æque a Comicis atque ab aliis mutuari. Fuerit, quod ajunt, vetustis temporibus, at recentiora quærit Dominus Van Bynkershoek. Primo quis nescit, posteriora pendere a prioribus, nisi fuerint innovata? Deinde mutatio, ut est facti, probari debet. nuda Viri Clarissimi affirmatio, ut ut contraria, & fortis, nullius roboris est. Ipse tamen, quamquam non habeo necesse, dicam sponte, etiam sub Augusto & Tiberio perdurasse exponendi jus

Noodt Operum Tomus 1.

verus: monstrante Suetonio *Octavio c. 65. & Caligula c. 5.* Audebo opinari, etiam postea obtinuisse: modo fuerit ante imperium Trajani, Hadriani & Antonini Pii: sic enim cavet Dominus Van Bynkershoek *d. c. x.* causatus, inde ademptum patri nullo ætatis discrimine esse in liberos jus vitæ & necis. Sed Aelius Spartianus Suetonii Tranquilli, Magistri Libellorum, meminit sub Hadriano in *ejus vita c. 11.* Eandem cautionem sub Trajano prævenit Tacitus locis ad hanc rem a me accommodatis *Julio Paulo c. 11.* addita ibi pro cumulo observatione Quinti Curtii tenoris & consilii ejusdem. Conatus quidem Dominus Van Bynkershoek, infringere Taciti auctoritatem: sed prudentius non tentasset: circa ejus ætatem, ubi pedem figat, incertus. Nam *d. c. x. pag. 230.* modo dicit, *Taciti ætatem fere remotiorem esse, quam ut conveniat nostræ disputationi:* modo ait, *Nolo tamen, quod ad Taciti ætatem attinet, de ea usque quaque contendere.* Quamobrem sic nutet, non animadverto: minusque, quo pacto in animum induxerit, me vel hic refellere: confessus, se id quo me refellat, ignorare. quo enim hoc pertendit? nisi quod constituit, a me dissentire ideo, quia constituit dissentire: etsi non habeat dissentendi causam. quod an oportuerit fieri, judicent alii, quos non piget modestiæ & sinceritatis. Aequè non intelligo causam qua non perviderit ætatem Taciti: cum Trajani Principatum ipse attingat Tacitus *lib. 1. Histor. c. 1. Agricol. c. 3. & De situ & morib. German. c. 37.* Cæterum non fui contentus allegasse Tacitum sub Trajano: etiam Apuleum adduxi testem, non minus certum, & sub Divis Fratribus Juris scientia non incuriosum: ut ex libris *Metamorphoseos*, tum ex præclara ejus *Apologia* constat. Potuissent hæc sufficere: sed amor veri *c. iv. Julii Pauli* vetuit me oblivisci Scævola *l. 29. D. de manumiss. testam.*, item Diocletiani & Maximiani *l. 16. C. de nuptiis*, & dissimulare duo, ex jure exempla impunitæ illo tempore expositionis infantum. Obmo- vet quidem Vir Clarissimus, non fuisse illis in locis quæsitum de pœna exponentis filiam; & ideo de ea quoque cessare responsum; neque faciendum nunc inde argumentum. Sed ea solutio nil meretur reponi: nam (ut taceam de *d. l. 29.* & solum loquar de *d. l. 16.*) si tum coërcita corporali pœna, atque etiam morte, fuit expositionis impietas, ut putat Doctissimus Senator: quæso, an quis pater, exposita a se filia, & ab alio educata, foret tam demens aut temerarius; ut ipse se vellet perdere: ejus repetitione se proditurus Præsidi, Principalibus Mandatis obstricto, provinciam purgare malis hominibus *l. 13. l. 3. D. de officio præsidis.* Quod si adeo imprudens aut insanus alicui videri possit filia pater: (sunt enim variæ & miræ hominum sententiæ) an proinde dicturi sint Imperatores, illum filia expositione, id est, suo scelere, mortem meritum, adultam quidem inverecunde repetere, at a jure interim nihil facere alienum: modo sit paratus, alimentorum impensas educatori restituere: & sic moris esse. Tam absurdos in Rescripto fuisse Imperatores, si serio sibi persuadet Vir Clarissimus, non invideo: sed a me aliisque ut serio credatur, impetrabit numquam. Verisimilius est mihi, erit forte & aliis, Imperatores, quatenus attinet ad infantis expositionem, & adultæ repetitionem, oblata alimentorum restitutione, ita ut moris esse *d. c. iv. Julii Pauli* probavi ex *Quintiliani lib. 7. Inst. Orat. c. 1.* rem illo ævo licitam atque impunitam indigitare.

Quod si his sua, ut oportet, adest auctoritas: cedo, qua ratione sibi persuadeat Vir Amplissimus, Veteres de infantum expositione differentes, non enarrare jus, concessum omnibus; sed privata flagitia publice vetita & puniri solita: maxime post Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium. Scio, præfatur, inde mutata esse priorum temporum licentiam; sed hujus asseverationis nullum dat sponforem: ita docet quod non probat. ego vero sine eo non credo: quam enim sic habeo causam, Veterum sermonem qui post illos Principes literis floruerunt, in alium trahere sensum, quam eorum qui ante de infantum expositione scripserunt, sermo accipi & solet & debet? plane nullam. Sunt hæc evidentia, ut cætera omnia: sed collatis exemplis fient evidentiora. En apud Plautum *Amphytr.* 1. 3. Jupiter sub specie Amphytruonis Alcumenam sic alloquitur.

-- -- -- *Menses jam tibi esse actos vides.*

Mihi necesse est ire hinc: verum quod erit natum, tollito.

Similiter ait Davus apud Terentium *Andria* 1. 3.

14.

Quidquid peperisset, decreverunt tollere.

Aliquisne hæc legens, ambigat, utrum representetur flagitium hominum vilissimorum, legibus aut moribus puniri solitum: an jus concessum omnibus tam summis, quam infimis; eoque criminis pænæque vacuum? Æque credes mihi, ejusdem tenoris esse hoc Suetonii *Octavio* c. 65. de Augusto sic loquentis: *Ex nepte Julia post damnationem editum infantem agnoscere aliquæ vetuit.* Quælo, ne graveris, etiam sequentem ex *Caligula* c. 5. locum exaudiri, non quasi designet, a turba vili & sine nomine quid flagitiose factum: sed passim a populo in luctu jure licito. *Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversa Deum ara, Lares a quibusdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expositi.* At nec hic resistet Dominus Van Bynkershoek: recordatus præsertim, se esse aliquoties confessum, ante Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium, nondum prohibitam fuisse infantum expositionem, nondum ablato patri jure liberos necandi. De Tacito, quia dictum ante, nihil repeto. Illud non silebo: quod difficilius sinat, similem sub Divis Fratribus, fieri conjecturam de sequente Apuleji loco ex *lib. 10. Metamorph.* *Pater peregre proficiscens, mandavit uxori, matri ejusdem juvenis, quod enim sarcina pragnationis oneratam eam relinquebat, si sexus sequioris edidisset factum, protinus quod editum esset, necaretur.* Mihi vero nihil proponitur, cur Apulejo alium adscribam sensum, quam Plauto, Terentio, Suetonio: eadem Apulejo loquendi forma, eodem parentum arbitrio ob sexum tollendi aut necandi infantis, nec prohibita, quidquid dicat Dominus Van Bynkershoek, illo tempore ejus nece aut expositione. Ne prætermittam quidem notatum hoc a Donato qui floruit maxime sub Constantini filiis, ad d. Terentii locum: *Paritur enim aut masculus aut femina: & solet justior esse causa tollendi, si marem uxor peperisset. sed nimis amoris est, non expectare, quid tollas.*

Dicta de Gentilibus Scriptoribus, age, aptemus etiam Christianis: nam nec hi, cum illis exprobrant infantum expositionem necemque, eo fuere animo: ut referrent flagitia facis Populi, vetita & puniri solita: sed disciplinam sectæ, utramque omnibus impune permittentis. Solus hoc negat Dominus Van Bynkershoek: præterea nemo unus, ne apud Veteres quidem. imo Tertullianus ait, non

modo plerisque de populo, sed ipsos etiam provinciarum Præsides, liberos suos impune & necare & exponere. probavi id *Julio Paulo* c. 11. ex ejus *Apologetico* c. ix. Nec frustra nunc addam, esse verisimile, certantes de præstantia sectæ Christianos Gentilesque, non voluisse, se invicem aggredi argumentis ab indole & factis singulorum, & vilissimorum hominum; ubi virtutis, sapientiæ & religionis honor vertitur, a neutra parte locum invenientium.

Non meliore aut causa aut fato circumfert Vir Amplissimus c. x. *sui Opusculi*, negotium fuisse Christianis, Gentiles, quos habebant adversarios, cum eis infantum expositionem ac necem objiciunt, petulantibus conviciis quæ de plauistro vocat, odii plenos facere. Nam contra intellecto, quod eis exprobrant, esse in aperto, an pro convicio aut maledicto reputetur quod est verum? accedit quod convicium videri nequit dictum sine convicii aut injuriæ proposito. id an fuit illis qui adversariis suis non ultro, nec sponte, imputarunt impietatem expositionis necisque infantum? si rem recta putemus via; non habuere consilium inferendæ, sed repellendæ injuriæ: quin ante ab eis lacerati insimulatique infanticidii & inde convivii incesti, suam purgaturi innocentiam, necesse habuere allegare, haud credituros de Christianis Gentiles scelus, turpe atque atrox: nisi ipsi facerent consimile, & suo exemplo discerent, ab aliis admitti posse, præterea esse iniquos qui in aliis reprehendant ac puniant pro crimine quod in ipsos reciprocata vicissitudine possit retorqueri. Sed profecto licita & honesta prius læsis omni jure fuerit defensio; nec male Terentius *Eunuch. Prolog.*

Responsum, non dictum esse, quia læsit prior.

Illuc autem unice collineasse Christianos, quomodo non animadvertit Dominus Van Bynkershoek; si attente legit & examinavit Scriptores ipsos, hoc palam declarantes? quod si aut perfunctorie legit integros, aut saltem excerptos ab aliis consideravit: (alterum res arguit) quomodo non erubuit, viros bonos & passim laudatos damnare indecoræ improbitatis quos ejus nulla idonea cognitione reos deprehendit? Quidquid est: mihi sufficit, id quod ago, ex Justino Martyre, Tertulliano, & Lactantio, hic paulo ante, & in *Julio Paulo* c. 11. sic demonstrasse; ut a suspitione calumniæ convicii-que omni ratione absolvantur. De Minucio Felice an aliud suspicer? suadet Dominus Van Bynkershoek d. c. x. *Opusc. p. 225.* sed non persuadet mihi, nec persuadebit aliis, integro animo reputantibus ejus verba, ut extant *Octavio* c. 30. sunt autem talia. *Illū jam velim convenire qui initiari nos dicit aut credit de cade infantis & sanguine. Putas posse fieri, ut tā molle, tam parvulum corpus fata vulnere capiat? ut quisquam illum rudem sanguinem novelli & vixdum hominis cadat, fundat, exhauriat. Vos enim video procreatos filios nunc feris & avibus exponere, nunc adstrangulatos misero mortis genere elidere. sunt quæ in ipsis visceribus, medicaminibus epotis, originem futuri hominis extinguant, & parricidium faciant, antequam pariant. Et hac utique de Deorum vestrorum disciplina descendunt. Nam &c. Rursus c. 31. Et de incesto convivio fabulam grandem adversum nos Demonum coitio mentita est, ut gloriam pudicitie deformis infamia aversione macularet; ut ante exploratam veritatem homines a nobis terrore infanda opinionis averteret. Sic de isto & tuus Fronto, non ut affirmator testimonium fecit, sed convicium ut orator aspersit. Hæc enim potius de vestris gentibus nata sunt. jus est apud Persas*

Persas misceri cum matribus. Egyptiis & Athenis cum sororibus legitima matrimonia. Memoria & tragœdiæ vestra incestis gloriantur, quas vos libenter & legitis & auditis: sic & Deos colitis incestos, cum matre, cum filia, cum sorore conjunctos. Merito igitur incestum penes vos sæpe deprehenditur, semper admititur. etiam nescientes miseri potestis in illicita proruere. Dum Venerem pronisue spargitis, dum passim liberos seritis, dum etiam domi natos alienam misericordiam frequenter exponitis, necesse est in vestros recurrere, in filios inerrare. Sic incesti fabulam necitis, etiam cum conscientiam non habetis. At nos pudorem non facie, sed mente prestamus, unius matrimonii vinculo libenter inhaeremus. Utrum Minucii sermo spectet ad flagitia infimæ facis, legibus prohibita & punita; & velit ejusmodi fraudibus ac conviciis adversarios suos facere odiosos: an intendat ad disciplinæ Gentilis a se oculis visæ reprehensionem: simul sit pro tuenda sectæ Christianæ puritate, infanticidii & convivii incesti Gentili more accusatæ a Cæcilio Natali ibidem c. 9, ejus litis ego Judicem fero quemvis, nec addo plura: quia pluribus res non indiget.

Molestum tamen est Amplissimo Senatori, (pergo enim ad reliquas ejus objectiones) non allegari a me aliquem Jurisconsultum Veterem qui licitam suo ævo infantum expositionem fuisse dixerit. etiam video petere, sibi ostendi talem: ac vereri, ne quæratur frustra. ita protestatur *Opusc. c. ix. pag. 210. item c. x. pag. 223. & c. vii. p. 191.* Sed nulla ratione: producto a me paulo ante Scævola l. 29. *D. de manumiss. testam.* & præter eum Diocletiano & Maximiano l. 16. *C. de nuptiis.* Quod si vel illa deficerent exempla: ne sic quidem esset mirum, hodie non reperiri Jurisconsultum cujus testimonium ad probandum, jure Pandectarum licitam impunitamque fuisse infantum expositionem, desideret Vir Amplissimus. Versa vice, ego ab eo potius postulem, mihi ostendi Jurisconsultum qui eam jure Pandectarum fuisse vetitam punitamque, palam scribar. hoc enim fuit necessarium fieri a confesso, ante Principatum Trajani fuisse licitam. at jure Pandectarum superesse testem retentæ permissæque adhuc expositionis Jurisconsultum, quid attinet, post sublatam a Valentiniano, Valente & Gratiano l. 8. *C. Ad Leg. Corn. de fscar. & l. 2. C. de infantib. expos.* nam si ab illo tempore nulla superesset ejus copia: ideone ante nulla fuit? at negatio nihil operatur in facti probatione: & quoties evenit; ut antiquitus obtinuerit aliquid, quod postea abolitum ab aliis Scriptoribus per occasionem narretur: cum in Pandectis a Jurisconsultis attingatur nusquam? dedi tale exemplum *lib. 2. De usufructu c. 2.*

Sit simile in præsentī: ubi non reperto Jurisconsulto quem sibi hodie ostendi petit Bynkershoekius, non est hæc quam credit, causa: quod numquam fuit aliquis: sed quod aliquem in Pandectis superesse, noluit Justinianus: non esse e re Jurisprudentiæ arbitratus, in ejus Operis compositione ex Veteribus libris describi doctrinas Veterum, legibus aut moribus abrogatas; eoque usum nequetum habentes, neque deinceps habituras. Id quemadmodum præterierit Virum Clarum & Doctum, equidem non possum ad conjecturam evadere: cum sit indubitatum, auctore Justiniano: qui ab Architectis Pandectarum in earum compositione sic observari palam mandavit. Verba Mandati, si quis recognoscere velit, apposui ex l. 1. §. 10. *D. de conceptione Digestorum:* sunt autem hæc: *Sed & si Nocti Operum Tomus 1.*

qua leges in Veteribus libris posita jam in desuetudinem abierunt; nullo modo vobis easdem ponere permittimus: cum hæc tantummodo obtinere volumus qua vel judiciorum certissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo hujus almae urbis comprobavit.

Expositis quæ erant dicenda pro intellectu, simul pro bona fide, & auctoritate tot illustrium testium consuetudinis in Foro sine interruptione continuatæ usque ad l. 8. *C. Ad Legem Corneliam de fscaris, & l. 2. C. de infantibus expositis* quæ sunt Valentiniani, Valentis, & Gratiani, non dicam, falsas esse opes meas: id enim apparet ultro: sed me nescite, qua causa aut spe præsumptum Amplissimus Senator, illis invitis, ipse nulla adjutus lege, sola fretus auctoritate sua, post tot secula, persuadere viris doctis, & extra litem nostram, extraque affectum utriusque positus, infantum sanguinolentorum expositionem & necem ante hos Principes vetitam punitamque extra ordinem aut morte aut leviori pœna fuisse. Transilio leges: ne attulit quidem aut Veteris Jurisconsulti aut Scriptoris alicujus vel Gentilis vel Christiani testimonium: quo illa licentia antea diserte vetita & punita dicatur. Non fallo, nec fallor, si quod tale habet; me vincat producto; & cedam ultro. si non habet, ne dicat, consuetudinem, ipsius confessione ante Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium, in factum certam atque indubitatum, inde sublatam esse.

Ego nec per consequentiam argumentorum hoc probasse existimo. Alicui durior videatur sermo. sed est verissimus; & sum paratus, vel ejus facere periculum. Exigit, en, Vir Amplissimus in *Opusculo* passim, præsertim in *Prefatione*, tum c. ix. pag. 210. & seq. item c. x. pag. 223, exponendi necandique infantis licentiam ad jus vitæ & necis quod antiquitus fuerit pars patriæ potestatis, & a Principatu Trajani, Hadriani, & Antonini Pii, evanuerit. Sic censet, atque hoc se munit clypeo: sed non firmo, nec apto. Non enim profecta est licentia ista a rigore patriæ potestatis, nec inde pependit umquam. Ain' tu? nolo mihi credi. consulamus quod proximum est, Veteres de facto vetere: non enim petenda aliunde est ejus notitia; quam ab illis qui possunt ex se directo scire sine ratiocinatione, plerumque fallente veri specie. At est ab his traditum quasi per manus, infantem nondum natum, & cum visceribus matris adhuc cohaerentem, partem matris esse, atque interim pro planta, nondum pro animali, nedum pro homine fuisse: imo ne natum quidem, antequam susceptus, agnitus, alique, a parentibus jussus esset, iis aliter censeretur continevissse. Nobis hodie non ita sedet. at illa fuit Veterum secta, fateor, impia & crudelis: sed quam, more aliarum Gentium, sequutus fuit Populus Romanus. ipse id jus, ejusque prætextum probavi *Julio Paulo c. 1. 11. & iv.* Nec oblectatus est Bynkershoekius, nisi injectis, credo, fervore disputandi, scrupulis aliquibus, in summa nihil operantibus. Proinde nil attinuit, ad litem de jure necandi exponendique partus argumenta ducere ab integra aut imminuta vi patriæ potestatis cum qua nullam habuit communionem. Sint hæc, ut sunt, firma, Veteres consulentibus: tamen quid verat, adhuc subijcere, infantum necem expositionemque tam matri, quam patri, fuisse permissam, quamvis in matris potestate liberi fuerint numquam? Atque hoc ostendi *Julio Paulo c. 11. iv. & v.* fide Savolæ, Quintiliani, Julii Firmici Materni. Ad hæc indicavi c. ix. prohibitam ab eadem causa, utriusque parenti in l. 8. *C. Ad Leg. Corn. de fscar.* fuisse

fuisse infantum necem a Valentiniano, Valente, & Gratiano. quod non fuisset opus: si ea matri ante non fuisset licita atque impunita. Succurrit mihi & tertia observatio, æque decretoria, ideoque non magis negligenda, ea observatio est, patriam potestatem esse Juris Civilis, eoque solorum propriam civium Romanorum §. 1. *Inst. de patria potest.* l. 3. *D. de his qui sunt sui vel alieni juris*, ut cætera quæ juris civilis appellantur l. 15. *D. de interd.* §. *releg.* l. 17. §. 1. *D. de pœnis*. Et tamen infantum necem expositionemque tantum civibus Romanis, non etiam peregrinis, fuisse licitam impunitamque, nusquam ostendit, neque umquam ostendet, Dominus Van Bynkershoek: Veteribus hac in parte distinctionem non facientibus, etiam ante civitatem omnibus qui in orbe sunt, datam ab Antonino Caracalla. Absit igitur, ut eam licentiam debuerit metiri jure vitæ & necis, patri integro aut sublato.

Nondum executus sum omnia, plus dicam, perperam credi a Viro Clarissimo, jus necis in liberos patri fuisse ademptum inde a tempore Trajani, Hadriani, & Antonini Pii. est enim (quod ægre dico) & hic error manifestus: nec erit labor, refellere. Initium sumam a Trajano: cedo, nam scire cupio, ejus Principis Constitutionem de abrogando patri jure vitæ ac necis, & puniendo eo, si contra fecerit? ego nullam vidi hactenus, nullam quoque attulit Bynkershoekius, & quæ est mea opinio, ne deinceps quidem adferet aliquam; quia in tota antiquitate nulla extat. Interim rem publice licitam atque impunitam sine Lege Populi, aut Constitutione Principis, ab ullo Magistratu fieri crimen & recipere pœnam mortis aut corporis, quis umquam credidit, dixit, aut sivit Jurisconsultus? Novi: provocat ad hoc Papiniani l. ult. *D. Si a parente quis manumissus sit: Divus Trajanus filium quem pater male contra pietatem adsciebat, coëgit emancipare.* Æque scio, hinc argumentari a consequentia hisce verbis: *Quero, an non jus illud vitæ & necis evertat, quod Trajanus coëgerit emancipare filium inclementius habitum.* Memini etiam, mox sic inferre ac concludere: *Itaque mihi videtur.* Sed flectamus, ut lubet, Papiniani verba: quod in his signum prohibita patri necis filii? quod denuncia-tæ pœnæ aut mortis aut levioris, si necarit? At enim Papinianus patriam potestatem magis pietate, quam atrocitate æstimari censet. Sino. verum idem ante voluit Lex; cum patri jus vitæ & necis concessit: nam (ut demonstravi *Comment. ad Tit. D. de his qui sunt sui vel alieni juris*) illi hoc non indulgit, ut filium perderet, sed ut regeret ad commune utriusque bonum: optime sperans de naturali patris pietate. Porro quod Lex egit, id spectavit Trajanus: forte oblato patre a quo neglecta esse dicebatur pietas. quo enim consilio, nisi illo. jussit filium ab eo emancipari? Atque hoc extra ordinem licebat Principi, legibus soluto: Prætori his adstricto non licebat jure ordinario. Sed singulare Principis Decretum illo in facto quid facit ad rem præsentem? in qua non quarimus, an Legis severitas a Trajano similitudine rationis circa jus vitæ & necis mutanda fuerit: sed an hoc jus a Trajano patri illo exemplo sit ademptum? de eo vero cum ne minimum quidem sit in d. l. ult. signum; an dubitamus, mansisse merum atque immutatum quod non est mutatum, etsi potuerit mutari, non repugnante ratione: sicut suo tempore postea etiam mutatum fuit? Igitur si investiganti mihi Trajani mentem Vir Amplissimus faciat gra-

tiam pedibus enndi in ejus sententiam; meam tenebo viam rectam & planam, etsi contrariam.

Proximus a Trajano foret transitus ad Hadrianum prærogativa successionis: sed permittas, inverso imperii ordine, prius quæri sententiam Antonini Pii: quia vel hunc Principem de abroganda patri necis liberorum, & eo puniendo, illis occisis, cogitasse, nusquam est memoriæ proditum. Nec me confundit Bynkershoekius auctoritate Gaji l. 1. §. 1. & 2. *D. de his qui sunt sui vel alieni juris sunt*: confirmantis, Antoninum Pium domino ademisse jus necandi servum sub comminatione pœnæ Legis Corneliæ de sicariis; si eum occiderit sine justa causa. Non est enim præsens controversia de dominorum in servos, sed de patris in liberos, potestate. in re autem facti, an hæc valet consequentia, Antoninus Pius fecit unum, ergo Antoninus Pius fecit alterum? apage. Si tamen vetuit, servum a domino occidi: quo argumento non noluit, a patre occidi filium? nam hic, ut improbissimus, & pessime de parte meritis, est nihilominus filius, & (quod observatum a Seneca lib. 1. *De clementia* c. 14. & Cicerone *Pro S. Roscio Amerino* c. 19.) patris opinione, ejus affectione ac pietate non indignus. servus contra, apud Juvenalem *Sat. 6. vers. 221.* vix pro homine, & apud Paulum *Jure Civili* pro nullo habetur l. 32. *D. de regul. Jur.* Sic colligit Dominus Van Bynkershoek. qui potuit? professus *Opusc. c. 3. pag. 154.* in quæstione facti testibus & exemplis extricanda, parum securam esse a justo, probabili, aut simili collectionem. nam si hoc vere opinatus, quod & ipse puto: fuit ejus prudentiæ, abstinere ab hujusmodi argumento non modo fallace, sed tam ipsi, quam mihi, improbato: etsi alioquin servus *Jure Civili* pro nullo habeatur: filius non habeatur. illud non absurde putetur, quod sic pronior quidem fuit sævitia domini in servum, quam patris in filium. ideoque debuit hoc jus potius aptari ad id quod frequenter & facile, quam quod perraro, eveniret l. 3. & seqq. *D. de Legibus*? sed idcirco non necessario sequatur, tam interdictam patri fuisse filii cædem, quam domino cædem servi. imo hoc magis inhibenda videatur domini sævitia, quam patris: quod domino vilis esset servus: at patris pietas plerumque filio consuleret? Atque huc, quamquam in alia specie, non inutiliter trahatur forte sequens Papiniani contemplatio l. 22. §. 4. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* *Ideo patri, non marito, mulierem & omnem adulterum permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. ceterum mariti calor & impetus facile decernentis fuit refranandus.*

Tandem venio ad Hadrianum. nam is restat, atque ab ejus Decreto, ex Marciano posito in l. 5. *D. de Lege Pompeja de parricidiis*, adhuc subsidium ac forte præcipuum, sibi parat Clarissimus Bynkershoekius. Verba Marciani sunt: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* Insigne esse Hadriani Decretum, insignem quoque venire Marciani observationem, equidem non inficior. Sed cur dissimulem, quid utroque indigetur, parum assequutum esse Bynkershoekium: in eoque assensuros mihi fore omnes quibus otium erit, consulere sub Titulo Digestorum,

storum, *De his qui sunt sui vel alieni juris*, a me observata pridem ad intellectum cum *d. l. 5*, tum cæterorum Capitum, historiam hujus articuli in Digestis & Codice perficientium. Virum Clarissimum vidisse meum Commentarium, censeo: sed locum qui adductus, potuisset lucem facere, prætermisisse, miror: magisque non animadvertisse quæ contra attulit, invicem se destruere mutua repugnantia. Quare & negligere decreveram. sed intercessit Epistola Amici cujusdam Anonymi, apprime docti & ingeniosi, non opinanti data: qua momenta rationum Clarissimi Senatoris ad *d. l. 5*. rite examinata, atque optimo jure refutata, me ista deliberatione absolverunt. Exemplum Epistolæ hoc est.

Cepit me, Vir Clarissime, impetus paucis ab hinc diebus, inquirere in quæstionem difficilem ac nobilem de tempore ablata patri potestatis necandæ prolis suæ. Ad eam legi magna cum amœnitate a te scripta in *Commentario ad Tit. Pand. De his qui sunt sui vel alieni juris*: cum iisque contuli quæ nupero Opusculo *De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos c. iv. pag. 167.* contra disseruit Vir Clarissimus, Cornelius Van Bynkershoek, Senator: ac cum aliquamdiu me detinuissem ab eo prodita ad *l. 5. D. de Lege Pompeja de parricidiis*: animadverti tuam quidem sententiam illis non premi aut impelli: sed aliquas ei offundi nubeculas, etsi a contradictione non liberas, futuras tamen aliquibus, in his minus exercitatis, in legendo incommodas. itaque existimavi, facturum merem studiosis talium non ingratam: sitcum in præsentiarum communicarem simplicissimam Marciani mentem: prout hanc a te ipso ex tuo *Commentario* didici: ratus, ejus demonstrationem ad refellenda quæ ex adverso confuse sunt disputata a memorato Viro Amplissimo, summo opere pertinere. Feci autem hoc eo lubentius, quia credidi, posse novæ Operum tuorum editioni quam parari, ex fama intellexi, non inutiliter alicubi inseri: si quidem libeat tibi in hac ætate tua jam grandi, respondere objectionibus Domini Bynkershoekii, & tanti mea videatur opera. nam si pro certo conficiatur, patri Principe Hadriano nondum ademptum fuisse jus necandi filii: decisa quæstio est, & confutata sententia, cui firmandæ Vir Amplissimus ingens sibi ex *d. l. 5*. pollicetur robur; cum sit nullum. Constitui igitur, quod ex ea pro te produxit, examinare hic illic: sperans, ne invito quidem eo cui sine dubio perinde, ut nobis est propositum, veri demonstratione adjuvare rempublicam literariam bona fide. Igitur Dominus Van Bynkershoek *d. c. iv. p. 164.* probaturus quod proposuit, jam sub Hadriano & ante nullum patri fuisse jus necandi filii; ait, hoc ex eo intelligi, quod nihil punitur præter vetitum illicitumque. ab Hadriano autem in *d. l. 5* punitus fertur pater deportatione, quæ est ordinaria Legis Corneliæ de sicariis pœna, eo quod in venatione necaverat filium qui novercam adulterabat. fuit igitur patri tempore Hadriani prohibitum illicitumque, filium suum interficere. Hoc ubi dixit Vir Amplissimus; subjungit, se mirari, eos qui libetorum cædem adhuc patri sub Hadriano & deinceps indulgent, putare, vel id posse hoc obtineri argumento: quod ex contraria Marciani sententia in *d. l. 5* elicitur nimirum: quod Hadrianus dicitur patrem non hac ex causa punivisse, quod filium occidit; sed quod in venatione, & ut mox sequitur, latronis magis quam patris jure interfecit, indeque videtur

posse colligi, ei salvum futurum fuisse jus necandi filii; si non fuisset illi more latronis insidiatus per occasionem venationis. Atque hoc cum ait Vir Amplissimus, ego ei facile consentio: & æque, esse id doctos eos viros verissime arbitratos. Cum vero contra pergit sic dicere, *Sed aut ego fallor, aut omnes alii sic Marcianum interpretantes falluntur*, hac parte illi contentiendum nullo modo puto. Litem dirimet casus a Marciano *d. l. 5*. propositus. is casus est: *In venatione filium suum quidam necaverat qui novercam adulterabat*: id est, qui solebat adulterare, nisi malis legere nec inepte, adulterarat. Quid juris? Duo considerat Vir Amplissimus: prius est, an videri possit pater usus jure mariti ex Lege Julia? sed frustra: nam Lex illa marito tantum permittit, adulterum domi suæ deprehensum occidere; nec ibi quemlibet *l. 22. §. 4. D. Ad Leg. Jul. de adul.* sed dumtaxat viles, enumeratos *l. 24. D. d. t.* quod ad expediendam *d. l. 5*. nihil confert. Altera ejus consideratio est; an pater filium recte occiderit jure patriæ potestatis? Et hoc negat causa æque vana: quod jus patris, quoad potestatem occidendi filii tum decoxerat, addit, non magis vere, esse ab hac factum, ut filii cædes in proposito atrocitati tribueretur, & pro latrocinio reputaretur: idque liquere ex his *d. l. 5*. verbis: *Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* Sic Bynkershoekius: sed utrum erret, an ludat, nescio. primum, ubi apparet, ablatum patri ante Hadrianum fuisse jus necandi filii? quid ni igitur putemus, obtinuisse quod non ostenditur mutatum? At nec Marcianus *d. l. 5*. patitur credi aliud. nam si filii cædes prohibita atque illicita erat ante Hadrianum; poteratne deinde ullo colore ambigi aut ab Hadriano aut a Marciano; utrum pater qui filium, ob adulteratam novercam in venatione interfecerat, a pœna Legis Corneliæ esset liber jure patriæ potestatis? atqui erat nullum, quatenus ad eadem. Igitur amoveris unum, amoveris utrumque. Sed quid hæremus? ubi tu, Vir Clarissime, *d. loc. ex Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum Tit. iv.* contra evidentissime demonstrasti testimonio Papiniani cujus est etiam *l. 20. §. 1. 22. D. Ad Leg. Jul. de adulter.* vel eo florente, patri comperit necem filii ex Lege Regiæ, sive Romuli certo jure. Re vero sic indubitata cum moribus, tum testimonio Papiniani ac Marciani, ipse viderit Vir Amplissimus; an decuerit eum captiunculis hujusmodi inanibus conari nobis extorquere, punitum in *d. l. 5*. ab Hadriano esse patrem, ob filium a se privata auctoritate sine Judice occisum: eaque ex causa esse eum in *d. l.* latroni comparatum, & eadem atrocitate æstimatam: nec flagitio per venationem quid sævitæ esse superadditum; etsi venationis in facti specie meminere Marcianus. Longe aliter se res habet: etenim filii cædes qua cædes, patri licita certo jure tum temporis, neque atrocitatem habuit, neque latrocinium fuit: sed utrumque vitium ab occidendi modo accepit: videlicet propter insidias filio a patre structas prætextu venationis in silvis, ac quæsitam ibi more latronum solitudinem. Rem hanc, ut dignum Jurisconsulto, in facto annotavit Marcianus: nec est causa, cur aliter sentiat Dominus Van Bynkershoek. Nam quid addam, quod in *d. l. 5* Marcianus non minus observavit, singulare esse hoc Hadriani Decretum, ideoque non trahendum ad consequentiam prohibiti sublativæ generaliter juris necandi filii. Vidisti tu quoque hoc *d. loco*, Vir Clarissime,

tam vere, quam ingeniose: latere autem Bynkershoekio non debuit, non vulgare fuisse patris crimen Lege Cornelia illicitum prohibitumque: sic enim res fuisset ordinariæ cognitionis Præsidis, verbi gratia, habentis Legis claræ ac certæ executionem. Nunc atrocitas nova atque inaudita, egrediebatur modum fini Legis convenientem: ita necessaria erat Principis majestas, libera & legibus soluta. Nam pater, secundum Leges Romuli & Duodecim Tabularum, in filium habens jus necis, eum adulterii in novercam manifestum occidit: non de consilio amicorum, non etiam impetu doloris in continenti: sed dissimulata ira atque injuria, pessimo exemplo, instituta venatione, quasi illa se filiumque oblectaturus, denique occasione, tempore, loco, ad crudelitatem opportuno, in silvam ac solitudinem abductum, nec quid mali suspicantem, interfecit in morem latronis. Hoc non erat pietatis quam Lex in patre præsumpserat, cum ei daret jus necis: sed erat atrocitatis, vel patri Legge naturæ interdictæ; ideoque etsi Legum subtilitate poterat impune admitti: debuit pro latrocinio pœna Legis Corneliæ puniri. A quo? a Principe. an a Magistratu quoque. Præsides, verbi gratia? non. Atqui erat cædes atrox & a patris pietate recedens. Sed pater Legibus Romuli & Duodecim Tabularum in filium habebat jus necis sine fine & modo: iisque Legibus adstrictus erat Magistratus. Utinam hanc Marciani observationem duce te, Vir Clarissime, secutus esset Dominus Senator! ignorare enim non debuit, interesse inter Magistratus & Principis cognitionem: alteram legibus servire; alteram ab illis liberam esse: ideoque patrem altera debuisse absolvi; altera potuisse condemnari: Marcianum autem in d. l. 5. non fuisse de Præside, sed de Principe, locutum: quando sic ait, Cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat: non fertur aliquis Magistratus, sed fertur Divus Hadrianus in insulam eum deportasse. quam ob rem? Marcianus putat: quod ut patria potestas complecteretur jus necis; hic pater filium magis latronis, quam patris jure interfecit: patria autem potestas, ut putabat Princeps, non ipsam Legem, sed ejus finem secutus, in pietate debet, non atrocitate consistere.

Hactenus Epistola Amici eruditi & digni cujus laudabili studio Jurisprudentiam intra sinceritatem retinendi, merito ejus nomine gratias agam maximas. De cætero dicam, posse nos carere tam confusa, quam prolixa Amplissimi Senatoris disputatione de tempore ademptæ patri potestatis necandi liberos, tamquam hic otiosa: jure exponendi necandique infantes non trahente, ut putat, originem a patria potestate: sed (quod a Philone Judæo, aliisque Veteribus Scriptoribus, interque eos etiam a Jurisconsultis nostris, de opinionibus & doctrinis sui temporis melius instructis, quam alter nostrum, est observatum) inde: quod partus cohærens cum ventre matris, tantum planta haberetur: recens quoque natus, antequam esset a parentibus susceptus, agnitus, aliquem jussus, vel, ut Philo Judæus loquitur, antequam nutricis opera intervenisset, populari opinione nondum homo esse intelligeretur.

Pari ratione potuit Vir Amplissimus *Opusc. c. vii.* parcere operæ supervacuae: judicia civilia, Jure Pandectarum usitata, confundenti cum criminalibus, illo jure adhuc incognitis: item liberos jam susceptos cum nondum agnitis, quæ ego *Julio Pau-*

loc. 3. & 4. ut oportet, sedulo distinguenda esse, indicavi. Insuper dubito, an Suetonius *Clandio c. 27.* nover, velut rem singularis exempli: quod Imperator Claudius conceptam ex liberto suo Botere Claudiam, quamvis ante quintum mensem divortii natam, aliquem conceptam, exponi tamen ad matris januam & nudam jussit abjici. Sed hæc ego nunc attingo obiter saltem & quasi in transitu: excusatura me hac admonitione a necessitate respondendi argumentis ex ista confusione arcessitis, & ad rem nihil pertinentibus. Sit mihi integrum sic proclamare; tum arbitrari, quidquid suspicionum, aut consequentiarum, Amplissimus Senator ab hoc ducit fonte, quantumvis de his speret plurimum, frustra sperare: nam tam facile hinc negari, quam inde affirmari: proinde subducta utriusque ratione, nihil esse allatum toto ejus *Opusculo*, cur minus existimetur, a me aut alio, patri ac matri, more aliarum Gentium, in Republica Romana fuisse concessum, donec a Valentiniano, Valente, & Gratiano d. l. 8. & d. l. 2. prohiberentur, liberos recens natos & nondum susceptos, agnitos, aliquem jussos, suo arbitrio aut necare aut exponere: hoc colore, quod hi nondum pro hominibus, nedum pro liberis, haberentur. At hoc credi, inquit Dominus Van Bynkershoek, non esse ex dignitate Populi Romani. Tamquam non idem dici possit de Græcis aliisque Gentibus, eo jure manifeste abutis. Sed Populorum leges ac mores non ubique, nec semper reguntur eo quod sit honestum ac pium. non etiam est omnium locorum & omnium temporum idem judicium de utili & noxio, de æquo & iniquo, deque honesto & turpi. Extat hujusmodi observatio elegans apud Herodotum *lib. 3. pag. 77. & seq. editionis Henrici Stephani anni 1570.* itemque alia apud Cornelium Nepotem in *Prefatione*. Sed ne recedam a proposita materia, ero contentus Aristotele: qui *lib. 7. De republica c. 16.* quæ hic nobis videntur, ut sunt, plena flagitii & impietatis, in ordinanda civitate indifferentia existimat: eademque in Græcis civitatibus, non minus politis & cultis, quam fuit Populus Romanus, pro permissis licitisque fuisse attestatur, præter Plutarchum & Aelianum, *Julio Paulo c. 1.* a me ante hac allegatos. Romæ porro quæ & quanta fuere tolerata, neque a turpitudine, neque ab absurditate aut crudelitate aliena! & præsentem licentiam impiam atque inhumanam, obtinuisse, an quærimus? Sed hanc adeo certam in Foro Romano fuisse, ostendi *c. 11. d. Operis*, ut contrariam apud Judæos, Germanos, Indos, servari, quidquid dicat Amplissimus Bynkershoekius, Tacito, Curtioque, res nova & Romanis in Historia notatu digna videretur. Taceo, quod eodem modo etiam Philo Judæus observat *lib. De specialibus legibus*, infantum expositionem apud Judæos Legibus Moisaicis prohiberi puniri que solitam, apud multas Gentes, propter nativam inhumanitatem, vulgarem esse impietatem: id est, ut ego interpretor, impietatem moribus aut legibus receptam atque impunitam.

Quo, inquis, pertinet hæc præparatio? nimirum, ut occupem solvamque sequentem protestationem Domini Van Bynkershoek: in *Prefatione Opusculi ad Lectorem* dicentis inter alia, *Solem nunquam adspexisse quid humanius benigniusque Veteribus Jurisconsultis: Et amoliendam ab illis esse facidissimam maculam qua afficiantur: opinantibus: damnasse quidem ea facinora, utpote contraria officii boni viri, at non contraria legibus.* Præterea, *Quod apud ipsos legit, esse ad Jurisprudentiam refe-*

referendum: non ad doctrinam de moribus & virtutibus. Et rursus c. x pag. 226. Absit enim, ut in animam meam inducam, hæc scelera sine poena dimisisse severitatem Veterum doctorum: quin satis, opinor, contraprobatum est. Hæc fere pro Veteribus Jurisconsultis Amplissimus Senator. Sed parum digne erudito nomine, quid enim continent, præter verba sonantia, at nihil significantia? Nil dico temere, nec sine ratione: quæso enim, quos in proposito intelligit Jurisconsultos Veteres, fœdissima ista macula qua mea disputatione afficiantur, liberandos per causam humanitatis benignitatisque eorum? utrum eos qui ante Trajanum fuere: an qui inde infecti sunt? atqui illis florentibus jure permissam impunitamque fuisse infantum expositionem necemque, ipse palam confitetur Vir Amplissimus. hi vero si ita disputarunt, ut eos disputasse ante dixi, & mox iterum dicam: quæ eos deformat macula? imo quæ non ornat gloria servati officii & pietatis? Igitur demus, pessimos fuisse Populi Romani mores: ut fuerunt detestabiles hac in parte: quid hoc ad Jurisconsultos? qui eos non finxerunt, non laudaverunt, at nec habuerunt jus, eos pro arbitrio vetare, aut punire, id est, mutare nova Legge: quippe cum non essent Legumlatores, sed Legum Interpretes, & privati; etsi eorum scripta postea juris & legis auctoritatem acceperint a Theodosio l. unic. Cod. Theod. de respons. Prudent. & a Justiniano l. 1. De conceptione Digestorum, & l. 2. De confirmatione Digestorum. nam ante non fuit ita: & de suo tempore Constantinus l. 1. C. de legibus, Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem, inquit, nobis solis & oportet & licet inspicere. Non patitur hoc refutationem; cum incurrat in oculos omnium: & quod contra dictum ab Amplissimo Viro, sine dubio aliud cogitanti excidit, utcumque erit, a sincero Jurisprudentiæ tam longe abest, quam quod longissime. Verius ego duplex feci munus Veterum Jurisconsultorum, bonos & innocentes viros ubique profitentium, unum fuit docere, quid liceret legibus moribusque Populi Romani: alterum, quid esset pium atque honestum. prius juris regulam appellari, posterius juris præceptum, primus, opinor, demonstravi Julio Paulo c. x. & xi. Credibile autem est, utrumque a Paulo fuisse observatum in l. 4. D. de agnosc. & alend. liber. etiam fore apparituum; si locum haberemus integrum: cujus sola nunc pars reliqua est. Sed hoc animadverti olim c. viii. d. Operis: apposito pro majore fulcimine loco consimili ex Lactantio lib. 6. Divin. instit. c. 20. item alio ex Apologia secunda Justin Martyris. In præsentia quoque non recedam a vicinia veri: opinatus, Justinianum quod a Paulo pro regula erat traditum, in d. l. 4. idcirco non descripsisse: quia a Valentiniano, Valente, & Gratiano, vetitum in l. 8. C. Ad Leg. Cornel. de sicar. & l. 2. C. de infantib. exposit. jam tum pro jure observari desierat.

At Viro Amplissimo c. vii. Opusc. non sit verisimile, Paulo in libris Sententiarum ex quibus est d. l. 4. fuisse propositum, persuadere Philosophiam moralem, sive boni viri officia quæ impune licuisset contemnere. Quasi dixerim, Paulum in libris Sententiarum voluisse, unam tradere moralem Philosophiam, & quod in Foro pro regula Juris observaretur, in totum neglexisse. Non ita est: numquam hoc cogitavi; & contrarium ostendit meus Julius Paulus. Igitur nec me conturbat Clarissimus Senator, porro professus, Se potius censere, ita habendum, Paulum eo Opere quod Sententias in-

scripsit, vel maxime Juris Regulas, & recepta Jure Civili dogmata comprehendisse; nec alio sine tradidisse, quam ut filium ad quem eum librum scripsit, edoceret principia & fundamenta Juris. Nam ut hoc concedam: quid tum postea? num Paulus, si unum fecit in gratiam Filii, idcirco alterum omisit? hoc putari, nulla jubet ratio. nam in libris quoque ad Edictum Juris fundamenta exposuit; sed non eo minus ex his præcipit l. 144. D. de regulis juris, Non omne quod licet, honestum esse. Idem factum in libris Sententiarum: quid ni enim pater filium in re notabili vel hic optimo consilio implere velit tam juris præceptis, quam juris regulis? Sed exemplum petis. accipe pulcherrimum, atque ex libris Sententiarum, quod opportune mihi suggessit Collatio Legum Mosaicarum & Romanarum Tit. vii. Verba: Paulus libro Sententiarum v. ad Legem Corneliam de sicariis & veneficis. Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem Lege non tenetur: sed melius fecerit, qui eum comprehensum, transmittendum Magistratibus obtulerit. Explicationem loci ne exspecta. jam dedi pleniorē olim lib. i. Probabilium c. 9. & lib. sing. Ad Legem Aquiliam c. 5. ubi potest videri. Verum si hanc Operis ejus particulam, si alias aliorum Senatusconsultorum quas Pandectis inseruit Tribonianus, ad præcepta moralia referes: est Bynkershoekio metus; ne auctoritas Juris immane quantum periclitetur; ac ne quod pro Lege haberi voluit Justinianus, habeatur pro declamatione alicujus Rhetoris aut Philosophi. Sed qui metus est Amico Docto & Claro, is metus non est mihi: re ipsa a me superiore exemplo extra dubitationem posita. præterea quis ignorat paulo eruditior, oportere in Fragmentis Pandeectarum, ut recte intelligantur, duplicem fieri inspectionem: unam de mente Veterum Auctorum: alteram de sententia Justiniani. Secundum hanc credi debet Pauli Fragmentum a Juris Architectis esse in d. l. 4. parte dempta, collocatum: hoc consilio, ut acciperet vim Legis, aptam & convenientem moribus illo tempore receptis ex Constitutione Valentiniani, Valentis, & Gratiani, in d. l. 8. C. Ad Leg. Cornel. de sicar. & d. l. 2. C. de infantib. exposit. Aliiter ac si examinetur ad usum seculi quo scripsit Paulus: tum enim dicam, neque Legem fuisse, neque Legis auctoritatem obrinuisse; sed tantum fuisse doctrinam Pauli, privati Jurisconsulti, pii & sapientis: præter Regulam Juris quæ in Foro habebat necessitatem, etiam quod virum bonum & honestum decebat, prudentissime admonentis. Nec hoc sine exemplo, ipso egregio & quod possit omnium instar videri, ex §. 9. Inst. de nuptiis & l. 12. §. 1. 2. 3. D. de ritu nuptiarum. Ecce: si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit, hæc non est quidem privigna tua, & idcirco potuit a te accipi in matrimonium, salvis Regulis Juris. Sed Julianus, vir sapiens & pius, considerato quod est pudoris & honestatis, ait abstineri ab hujusmodi nuptiis oportere: idque etiam aliis exemplis intelligi: nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos qui ab hujusmodi nuptiis se abstinuerint. Hoc in Juris præceptis Juliani tempore fuisse, manifestum est. at ubi placuit Justiniano, id ponere in d. §. 9. & d. l. 12. §. 1. 2. & 3. an est dubium, inde pro Lege esse cœpisse. Atqui huic si adest, ut oportet, fides veri: quam habet Dominus Van Bynkershoek causam in præsentia metuendi, ne a mea interpretatione peri-

periclitetur Juris auctoritas : & quod pro Lege haberi voluit Justinianus , pro Declamatione alicujus Rhetoris aut Philosophi reputetur? opinor, nullam: quippe cum omnia, postquam sua fecit Justinianus, ab eo profecta, ex ejusque mente, intelligi debeant: ut est in Constitutione, *De conceptione Digestorum*, & *De confirmatione Digestorum*, variis locis.

Videor mihi ex voto solvisse argumenta a Viro Eximio mihi objecta circa priorem quaestionem de infantum expositione & nece. Succedit altera de abacto partu, medicamento a muliere sponte sumpto ad abortionem. Est vero ista, sive ad Regulas Juris, sive ad Juris præcepta examinetur; item sive ad Juris initium, sive ad ejus progressum spectetur, a me ad certum adducta *capite ultimo Julii Pauli*. Sed quia hic quoque alio flexit Bynkershoekius *Opusculi c. vii. pag. 187. & seq.* age quæ intercedant, ne mecum stet, consideremus. Putat Vir Amplissimus, mulierem nuptam numquam habuisse jus abigendi partus: & si abigeret in mariti fraudem, semper punitam fuisse: hac causa, quod mulier liberos numquam habuit in potestate: & uterus non ipsius, sed mariti fuit: hinc post divortium, vel mortem mariti, ventrem inspicere; & si mulier renunciatur gravida, ei custodem apponi. consequenter putat, leges Romanas, si quando mulieri dederint potestatem partus in ventre necandi: non aliter dedisse quam de partu vulgo, non ex marito, concepto. Ita firmat quod intendit, argumentis & rationibus. ego vero testes & exempla exspectaveram: sicut his contrarium ipse *d. c. ult.* demonstravi testimoniis Senecæ, Ovidii, Juvenalis, Tertulliani, quæ ibi possunt videri; & ignorari vel dissimulari ab Amplissimo Viro non debuerunt. Quo magis tamen liqueret, quam lubricæ in re facti sint ejus rationes, non gravabor, vel in illas inquirere. Negat Vir Amplissimus, mulierem nuptam umquam habuisse potestatem abigendi partus: & usus duplici ratione. una est, quod mater liberos non habet in potestate. altera, quod uterus est mariti, non mulieris. Quod ad priorem attinet, in ea est manifesta repugnantia. nam si jus in ventre necandi partus pendet a patria potestate: an potest matri esse jus in ventre necandi partus spurii? non potest: nam ne spurius quidem est in potestate matris. Potius fuerat dicendum, quod innupta impune potuit partum abigere: quia partus cum matre cohærens, est pars matris: & sicut mater potest se jure civili occidere; ita partum, id est, partem sui potest. eodem modo nuptæ licuit abigere, id est, in ventre necare, infantem: quando etiam fœtus cum ejus visceribus cohærens, esse viscerum, id est, matris pars intelligeretur. Sed mitto argumenta, etsi bona: cum sint exempla, ut dixi, luce meridiana clariora, apud Ovidium, Senecam, & Juvenalem, a me *d. c. ult.* allata *Julio Paulo*; iisque nihil responderit Dominus Van Bynkershoek: sicut nec poterit respondere umquam; cum sint certissima. Non magis probo prætextum existimantis, utrum non esse uxoris, sed ad maritum pertinere jure proprio. quis enim ei hoc dixit Vetus Jurisconsultus? nemo. imo Veteres contrarium pro explorato habuere: ideoque temporibus Divorum Fratrum, cum incidisset, ut maritus quidem prægnatem diceret mulierem, uxor negaret: causa fuit illis Principibus, ut consulti Valerio Prisciano, Prætori Urbano, in hæc verba rescriberent apud Ulpianum *l. 1. D. de inspic. ventre*: *Novam rem desiderare Rutilus Severus videtur, ut uxori qua ab eo*

*diverterat, & se non esse prægnatem profiteatur, custodem apponat: & ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium & remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatu, commodissimum est, eligi honestissimam fœminam domum, in quam Domitia veniat: & ibi tres obstetrices probata & artis & fidei quæ a te assumpta fuerint eam inspiciant: & si quidem vel omnes vel dua renunciaverint, prægnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset. Tenes Rescriptum. Nunc quid observet in eo Ulpianus, accipe ex §. 1. Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatusconsulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se prægnatem, vel etiam negaret. Nec immerito. Quam ob causam? sic ait: Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Quid deinde? pergit; Post editum plane partum a muliere, jam potest maritus jure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem. Igitur (sic concludit) Princeps in causa necessaria subvenit. Hæc Ulpianus: & quia plana sunt omnia: equidem vellem, contra dicta ab Amplissimo Amico esse indicta: tam manifesta eorum confusione. Non magis sequitur, quod ille, postquam dixit, utrum esse mariti jure proprio: porro infert, hinc soluto per divortium vel mortem mariti matrimonio, inspicere ventrem; & si mulier renunciatur gravida, custodem apponi: allegata ad hoc *d. l. 1. pr. & §. 10. Perperam.* nam ratio custodiendi ventris, si Rescriptum Divorum Fratrum in *d. l. 1. pr.* & Edictum Prætoris in *d. §. 10.* consideremus; non est alia, quam ne supponatur partus, eamque rationem, ne quaestioni sit, etiam adfert subjecta Ulpiani interpretatio §. 11. 12. & 13. Proinde viderit Amplissimus meus Amicus, quo jure finem custodiendi ventris hunc esse fingat; ne abortum faciat mulier: & si faciat, non esse a pœna liberam existimet: cum hujus finis pœnæque non meminerint in Rescripto Principes, neque in Edicto Prætoris, neque in interpretatione Ulpianus: & interim pœna abortus sola hic quaestioni sit. Huic observationi accedit altera: quod Rescriptum Divorum Fratrum non est factum ad Consultationem Præfecti Urbi; sed Prætoris Urbani: cujus tantum mixtum imperium, id est, de civilibus causis fuit: cum illius esset merum, id est, de criminibus. Igitur si mihi licebit, salva gratia Viri Amplissimi, abstinere ab ejus ratiocinatione, nullum in re facti habente usum, ut monui sæpius: dicam quod res est, & plenissime ostendi *Julio Paulo capite ultimo*, abortum a muliere ipsa sibi procuratum, ante Divum Severum & Antoninum, ex Regulis Juris non fuisse crimen, ideoque nec punitum, sive nupta esset mulier, sive innupta. sed Rescripto Divi Severi & Antonini in nupta esse recessum a Regulis Juris. Non utar ad hoc ratione longe petita sed testibus de suo tempore deponentibus. talis inter alios est Marcianus *l. 4. D. de extraord. criminibus*, quam esse ex *lib. 1. Regularum*, ejus Inscriptio indicat. Is vero ibi, *Divus*, inquit, *Severus & Antoninus rescripserunt, eam qua data opera abegit, a præside in temporale exilium dandam.* Quam ob rem? ait, *Indignum videri posse, impune eam maritum liberis fraudasse.* Sensus Marciani est: Ante hoc Severi & Antonini Rescriptum impunitus vel in nupta erat abortus: quia fœtus ejus pars erat: sed Severus & Antoninus deinceps impunitum esse eum abortum, non siverunt: primi interpretati, indignum videri, eam tali Juris*

ris subtilitate maritum liberis fraudasse. Igitur cum abortus ante legibus non esset crimen; ideoque non liceret Præsidi, mulierem, quamvis nuptam, propter abortum punire: tamen aliter esse cœpit, postquam Rescripto Divi Severi & Antonini factum est crimen extraordinarium, & temporali exilio in futurum puniri jussum. Idem plane iter tenuit Ulpianus l. 8. D. Ad leg. Cornel. de sicar. sic scribens: *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit: eam in exilium Præses provincia exiget.* Ait, *Exiget*, in futuro tempore: id est, deinceps exiget: jam accepta potestate ex Rescripto Severi & Antonini: quam potestatem ante non habebat ex Regulis Juris. Ne alia quidem, quidquid reluctetur Dominus Van Bynkershoek, fuit sententia Tryphonini l. 39. D. de pœnis in verbis sequentibus: *Cicero in Oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed & si qua visceribus suis post divortium, quod prægnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filiam procrearet: ut temporali exilio coërceatur ab Optimis Imperatoribus nostris rescriptum est.* Mihi videtur Tryphoninus, cum de abortu disputaret, (est enim is locus ex libro x Disputationum) primum fuisse detestatus abortum, istis temporibus apud omne genus mulierum, sicut ex Seneca, Ovidio, Juvenali, evidentissime demonstravi d. c. ult. Julii Pauli, adeo frequentem; ut in morem prorsus abierit: & deinde inquisivisse in remedium quo rem impiam & sceleratam jure coërceci oporteret: existimasse autem, nullam Romæ extare Legem qua abortus

quem ipsa sibi medicamento inferret mulier, pro crimine aut haberetur aut puniretur. Argumentumque esse: quod suo tempore Cicero in Oratione *Pro Cluentio Avito* similiter sollicitus de pœna abortus, non protulit exemplum ex Foro Romano, in quo versabatur; videlicet, quia ibi deficiebat, alioquin ex proximo petiturus: sed ex Asia accessit longe dicens, cum ibi esset, Milesiam quandam mulierem quod ab heredibus secundis, id est, substitutis, accepta pecunia, partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed hoc quamquam justum, non pertinere ad Forum Romanum, neque ibi esse observatum. igitur fuisse dignum providentia Optimorum Imperatorum nostrorum, id est, Severi & Antonini: cum essent super ea re consulti a Præside qui erat Legibus adstrictus, rem turpissimam Principali Rescripto extra ordinem emendari: placuisse vero hoc, mulierem quæ prægnans visceribus suis post divortium vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, temporali exilio coërceci. Quid inde? jam Romæ cœpit crimen esse, & pro tali extra ordinem puniri, quod ante neque crimen habebatur, neque pro tali in Foro Romano puniebatur. Sic mihi sedit *Julio Paulo d. capite ultimo.* Alio vertit Dominus Van Bynkershoek, an felicius, quam in superioribus, alii judicent: utroque æque sibi blandiente, humano more.



F I N I S.



GERAR-

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DISSERTATIONES
TRES.

I. De Civili Prudentia.

II. De Causis Corruptæ Jurisprudentiæ.

III. De Jure Summi Imperii & Lege Regia.

DISSEMINATION
OF THE

IN THE
OF THE
OF THE



GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
DISSERTATIO PRIMA
DE
CIVILI PRUDENTIA,

Habita Franekeræ Frisiorum a. d. 6. Octobris A. MDCLXXIX,
cum auspicaretur Juris professionem.

Sumquam mihi fuisset dubium, AA, deberemne Jurisprudentiæ docendæ causa relinquere urbem Noviomagum, situ amœnissimam, & serie temporum, civiumque ingenio, ac virtute claram ac nobilem, patriam vero mihi carissimam: id ne in dubium vocarem hodie, non una me impelleret ratio. cum enim ab ea ætate qua fas est, de sua quemque vita ire in consilium, me idcirco addiderim secreto literarum: ut, si quæ foret meæ facultas mediocritatis, ipse egregium publicum pro portione adjuvarem: est quod mihi grater, perculsa proximo bello patria Academia in qua Jurisprudentiæ publice profitebar, hanc provinciam mihi in hac obtingere Musarum sede: quam si sua censeam celebritate, ferme putem Belgii Principem haberi: si cogitem eos qui in ea famam omni doctrinarum genere sunt ingressi: optem, quo in loco tot inclaruerunt lumina, eo in loco egregia sane eorum exempla imitari. accedit, quod hic olim Jurisconsulti nomen atque insignia sum adeptus: & quos nunc Collegas saluto, ex his tum tirocinii mei testes atque arbitros inveni aliquos. quod quam jucundum mihi est meminisse, tam modo honestum videtur, in Inclytum illum Professorum Ordinem adscisci. atque is honor mihi adhuc est eo gratior, quod non ambivi: & designatus ei fui ante, quam scirem, me esse notum his ad quos summa ejus rei pertineret: denique, quo die me innotuisse accepi, eo per Illustrem & Magnificum Virum, Wilhelmum Van Haren, Præfecturæ Biltanæ Prætorem, mihi decretam a Republica esse hanc dignitatem, intellexi. Inde quid animi mihi fuerit, facile conjicitis. nempe erat mihi pulchrum, illum Virum quem Noviomagensis ex omni Europa de pace conventus, præter alias Legationes ante pro Fœderata Belgica præclare gestas, in præsentia ornat, sortiri publici hujus decreti interpretem, & tam prompto affectus officio: ut ad summam ejus comitatem nihil desideraretur. Atque ego volueram hoc dissimulare, evitaturus jactantiæ opinionem: sed metui, ne meum silentium non tam esse verecundi crederetur animi, quam negligentis tantæ tensum facilitatis. adhæc blandiebar mihi, si id ederem, fore: ut reverentia tam decori nominis vobis commendatiora essent hæc mea auspicia. Nectamen me præterit, AA. illa singu-

Noodt Operum Tomus I.

laris benevolentia qua ultro soletis, omnes qui ament studia bonæ mentis, optimo complecti exemplo. sit igitur vel illa quæ aliis sæpe profuit, etiam vestri erga me animi pignus: quid habeo, aliud sperare, quam ut difficultates vultum, linguam, mentem meam in ingressu hujus actionis defigentes, meo remittatis pudori: forte a præsentē quoque orationis causa aliquid gratiæ inventuro.

Est enim mihi in animo, AA, dicere de Civili Prudentia. cui quid præferatur, aut comparetur, vix equidem scio: paucis sive naturali decore, sive utilitate æstimentur, æque ad dignitatem honestis, vel ad fructum uberibus. Mitto cætera: est, AA, extra controversiam? quod illa artium princeps, quidquid usquam est divinæ aut humanæ rei, una præsertim fovet, sustinetque. nec, ut putet aliquis, hæret intra solemnia fori, civilesque leges Populi Romani: etsi vel sic satis late pateret ejus amplitudo. tamen major erit gloria tractantis insuper leges orbis terrarum, maximam Dei omniumque hominum civitatem stabilientes. quid respicitis, quid quaeritis? ubi utraque appello leges, Jus Naturæ & Civile indigito; & uno verbo quantas opes, quantum humani generis ornamentum mente atque animo vestro concipere vos, postulo!

An quisquam ambigit, omne jus sive cognatum nobis sit, sive post inventum, cælo trahere originem, Deique immortalis donum ac munus haberi? simus subducta ad rem ratione: quaecumque sit jus, summa redit ad unam Naturæ legem: intendentis omnium hominum, sive in civitates coièrint, sive singuli sint, vitam mitem, tranquillam, beatam. atqui illa sine juris atque officiorum societate quæ haberi, quæ intelligi potest? Quod si adhuc foret inter mortales dubium, essetne jus aliquod a Natura comparatum: utique rudes & tardos admoneret Gentium consensus, sapientes ratio, non arcessita, sed certa & olim seminibus infusa a Natura, rebus convinceret necessariis, esse Numinis providentiam: a qua vim proficisci universos, quotquot usquam sint homines, tam ad sui conservationem, quæque ei inserviant, inevi-

Yy 2

tabili

tabili necessitate sapientem, quam a diversis absterrentem; eam vero non cœpisse humanis affectibus esse regulam, cum decreto hominum virtute sapientiaque excellentium, alicubi est æri aut tabulis inscripta: sed jam indefuisse legem, ex quo cum rerum Natura ac mente Divina orta est. Igitur si ad Artis dignitatem, utilitatemve spectamus: dixi, perorata res est. an reputantibus Supremi Numinis majestatem, humani decoris conservatricem instinctu ac motu rectæ rationis, licet ignorare, quantus sit splendor fructusque Artis, usum, finem, causam sanctissimi fœderis Naturæ ad juvandas, tuendasque res humanas explicantis?

Multa dixi AA: non omnia; & vos plura expectatis. hætenus enim sibi quisque cura; nullo in medium consulente. ita cives quæritis: homines videtis singulos per agros, per silvas sparsos ferarum more: forsitan expertos solitudinis pericula atque incommoda, nondum utilitatem junctarum opum, aut subnixæ legibus societatis; eoque non intelligentes aut contemnentes. Igitur quantæ fuit rei, tales, quod agebat Deus & Natura, colligere, & comparatione utilitatis vitæ communis cum incommodo solitudinis tristici, miseræ, obnoxia; eniti atque efficere: ut renuntiantes naturali libertati, deinceps velint suas vires, suaque commoda non suo, sed legum, arbitrio metiri? jam vero quantæ prudentiæ, industriæque, collectos unire; unitos regere, continere, coercere reverentia summi imperii, quasi anima & spiritu civilis corporis? aut me fallit veneratio quæ summa animo meo est, conjunctionis, auctore Deo, constitutæ ac sacratæ, aut ea dedit suam humanitati faciem, nitorem, elegantiam: ea lapsa erexit, nutantia fulsit, fatigata recreavit: ea singulis quietem, omnibus suas spes asseruit, ab hac recesseris: squalida, turbulenta, incerta omnia: vix superest vitæ causa. aude, tollere Jus civile; ut sit civili furore. dic: ubi libertas, inæstimabile illud Naturæ bonum? si potes; ostende rerum dominia. quam petes tuam esse hereditatem, etsi patris aut matris voto ac pietate delatam? quid vult contractus vel bona fide initus? quæ vis obligationis? atqui hæc novit Jus Gentium. utinam res esset! at experimentis constat, esse nomen: nisi in Naturæ statu adversus vim, ferociam, improbitatem, bello atque armis adjuvetur; aut post inventas leges, majestas summi imperii veritatem Naturæ officio jurisdictionis exequatur. O magnam gloriam Civilis Prudentiæ? quibus eam prædicem laudibus? quibus verbis? quidquid cogitem, quicquid dicam: minus est, quam pro meritis Artis: cujus beneficio valemus, spiramus, vivimus: sine qua nulli, brutis, quam hominibus similiores: non colentes alter alterum, sed persequentes: non adjuvantes, sed spoliantes: non servantes, sed perdentes: quid dicam, devorantes? Illa igitur, illa, inquam, Arte qua emollita morum immanitate, tandem hominem induimus, quod fidelius, religiosius, sanctius innocentia, modestia, justitia suffugium? age sane, par est, eam quæ res confusas humano errore ad certam redigat vivendi formulam, credi atque haberi civitatis lumen; aut, si mavis, oraculum; utique vicariam Dei ac Naturæ operam præstare.

Nimirum, ut sibi singuli homines, sic sibi quæque civitas conciliatur. numquam enim Naturæ vis atque impetus destituit quos genuit homi-

nes. quin ut singulos, ita unitos civili fœdere, ad bona atque utilia non ducit, sed trahit: parique vi a contrariis avocat atque absterret, interim quæ bona aut mala sint, in facto positum est: atque id neque his, neque illis omni loco, omni tempore, in omni re & causa, Natura peræque definit. prorsus quædam præcipit, alia vetat, pleraque in medio relinquit. ad rem pertinet, hæc disertius indicari.

Sit, ut est, humanæ caput felicitatis, civilis conjunctio. huic promovendæ, custodiendæque necessaria, numquam in medio ponit Naturæ providentia; sed ea in infinitum vocat bona, justa, honesta; eoque hæc tam civitati, quam singulis, motu rationis, quasi tacita lege, semper imperat. contra quæ illi tollendæ dissolvendæque sint, putat mala, turpia & nefaria; ideoque ea omnibus sine discrimine prohibere, credi debet. in his igitur, quid est privati arbitrii? nec magis civilis valet auctoritas. sola mortalibus, quocumque appareant modo, statu, aut conditione, est relicta obsequii gloria. ne quis dicat, quod Natura malum sit, vel civitatis lege pium apud Deum, & justum atque honestum apud homines fieri. Jactavit id aliquando sæva & servilis adulatio, rectis consiliis semper adversa. Verum amentia fuit. res loquitur, Naturæ jus non pendere ab hominum opinione; sed Divina providentia constitutum, esse sempiternum, constans, immutabile, atque in civitate, extraque eam, sine exceptione, orbis viribus retinendum; omni humana lege, tantum ministra ad ejus executionem comparata.

Cætera, præter hæc, sunt media atque indifferentia, per sese ipsa neque bona, neque mala. hæc igitur hominibus neque singulis ac separatis, neque conjunctis civili fœdere, imperat aut vetat Natura. quin ut singulis, nondum constituto civili jure, sic deinde civitati, integram permittit libertatem hinc sumendi quod sibi utile, & improbandi negligendive quod noxium aut supervacuum videatur; nullo civitati, nullo extra eam singulis, præter se, quid sibi conveniat, judice; ob summam hominum, nec minorem civitatum, inter se paritatem. Ullane igitur rebus mediis vel in civitate inest in alteram partem obligatio, necessitasque? Nulla, AA: nisi quam in ea a civili jure acceperint. etenim cum ejus cui rerum potestatem permisit Dei & hominum consensus, sit æstimare, quid ex his suo profit aut noceat corpori: an dubitamus; sitne ejus cognoscere, & judicare, quid oporteat ex his quæ in medio posuit Natura, legum necessitate adstringi, quid suo cujusque arbitrio relinqui? Licita igitur per eum sint in civitate omnia quæ ipse non prohibet, aut jubet, & Natura fecit indifferentia. Interim est hic fons Juris Civilis, hæc materia humanarum legum, inde ordo judiciorum, inde dominiorum, negotiorum, obligationum, tutelarum, curationum, donationum, ultimarum voluntatum ratarum ruptarumque modi. omnium origo rudis, informis, simplex a Jure Naturæ seu Gentium, fines, formam, robur, civilis addidit utilitas. hæc abs Naturæ initis non in totum discedit: hæc non per omnia eis inservit. sæpe addit: aliquando detrahit: & utraque via res medias ac liberas alligans legis vinculis, deinceps bonas aut malas facit quæ ante non erant tales. neq; tamen æternum servat nominum fidem: aliquando transfundit ac mutat significationem, suadente utilitate: quam unam sequitur.

Sed bene habet. inveni quod quæsi Jus non Naturæ tantum, sed Civitatis quoque; posita omnibus vivendi lege suam cuique firmaturum libertatem: ut alicui videatur minuere, & sui generis servitute transfigurare. Non enim est hæc hominum servitus, sed legis, Naturæ exemplo, tam humili atque inopi, quam nobili & potenti æquæ: numquam volentis, alterius superbia alteri suam atteri facultatem: sed, quod agebat Naturæ providentia, ubique pudore & modestia, nusquam scelere ac licentia exerceri. At hæc vera libertas & solida. alia non est. videlicet liber est civis qui legum imperio securus, nihil metuit. idem potest facere omne quod vult: ultro nolens, facere quod legibus facere prohibetur.

Quid ergo obtinemus? quod initio dixi, unā rectam rationem per omnem orbem & hominum singulorum, & civitatum jura, vires, commoda, societate humanæ conjunctionis, id est, vero usum terminare. At enim aliquis: Cur ergo miramur, varia, imo contraria, aliis atque aliis locis aut temporibus servari jura. quid, si præstet, Naturæ jus morationum Gentium, quam communi hominum, ratione definire? Sed tu quisquis es, auferet mihi, sis, veteres iugas quibus dudum sibi quitque blanditur populus, sæpe prætextu cultus, elegantiae, atque humanitatis, privatim deses, nequam, fallax, sui prodigus, alieni appetens; publice prædo, & libidine dominandi omnibus noxius & periculosus. agam simpliciter, AA. Fingite vobis quas lubet, Gentes. una est omnium ratio. domi unus omnium finis, societas vitæ civilis. huc exeunt omnium jura, quamquam diversis viis. ex his alia hanc mavult, alia illam; prout rebus suis expedire existimat. etiam, quam primum tenuit, aliquando mutat, deprehenso errore, aut nova oblata opportunitate. quacumque tamen incedat semita: perseverat qui fuit, affectus retinendæ utilitatis conjuncti juris. hac causa idem quod ante, cum esset utile, probavit tamquam bonum & honestum, modo mutata conditione, vituperat tamquam turpe & malum; & quod nunc justum dicit atque æquum, alias injustum atque iniquum appellavit. Ita cum temporibus aut locis differant viæ, formæque ad servandam communem utilitatem directæ: ubique una constat recta Naturæ ratio, ubique unum & verum studium tuendæ societatis humani juris; etsi in modis varietur, etiam sæpe erretur humano more.

Verum cesso, colligere rem indubiam, manifestam. confitemur enim, omne jus originem ducere a ratione per omnes qui se homines vocant, diffusa divino ac provido Naturæ beneficio. adhuc quærimus, qualis, quantaque habenda sit scientia quæ Naturæ jus Dei vice executura, ubique ordinat, gubernat, servat auctoritatem humani fœderis demonstratione ejus quod pro tempore liberum atque arbitrarium, quod fœdum, quod egregium sit, id est, quod illi nocere, aut proficere, aut illuc non pertinere arbitretur?

Neque vero jam adspernor, AA, Populo Romano (cujus quamquam scelus per bella ampliandi imperii, neglecta humani generis societate, detestor, tamen Jus Civile optima ratione colo) hanc fuisse diu reverentiam Civilis Sapientiae: ut voluerit, eam asservari inter Deorum sacra ac caeremonias, jusque a Pontificibus, velut ab ipsa justitia postulari: hos leges tractare, & hos formulas componere: fere quasi auctoritatem non constare Juri Civili, sit vincula communis vitæ laxari, solvi, abrumpi. scio: ad

Populum deinde transit Jurisprudentia, sed tum quoque obtinuit, ut in principum præsertim manu ac potestate esset. eo certe itinere rebus se nobilissimi juvenes præparare, eo ad honores grassari instituerunt. quid, si non piguit Prætorios viros, ne Consulares quidem & triumphales, vel maximis rebus gestis, legum scientiam profiteri: sive in jure, judiciisve orarent causas: sive domi sedentes in solis, aut transverso foro obambulantes, de jure consulentibus responderent: sive Deorum caeremonias ordinarent, & publica sacra, jusque Pontificium commentariis describerent: sive in Fori disputatione Juris regulas definirent; & ambiguas leges ratione aut auctoritate regerent; duras æquitate vera & mascula temperarent; inutiles aliquo verborum colore atque imagine eluderent: sive adolescentes quibus erat indoles virtutis, disciplina emendarent: sapienter opinati, quales ipsi cum præceptis, tum exemplis, ad rempublicam informarent, talem se reipublicæ fortunam effingere. At illis ad armorum negotiorumque gloriam adjicere splendorem Juris scientiæ: foris manu, domi consilio, legibus, judiciis, multos adjuvare, defendere: utrimque famam in posteros, in præsens venerationem ad Populum atque in Senatu invenire, id quidem pulchrum ac magnificum videbatur.

Ego vero, AA, quoties ad Populi Romani ortus progressusque adjeci animum, & qua re maxime imperium quæsi verit, invenerit, habuerit, mecum reputavi, semper arbitratus sum, multum virtuti, multum fortunæ, plus juri debuisse: neque ex initiis tam angustis atque humilibus ad tantæ magnitudinis instar ulla magis re, quam legum religione surrexisse. si vacat: spectemus robur, opes, ingenium, tum quot & quas gentes non magis vicinas, quam inimicas invenerit ac fecerit: nisi fallor, viribus, opibus, intelligentia, paucis prior, multis inferior fuit. conferamus fidem, mores, laborem: dubito, an plerosque domi militiæque superaverit. sic facile arma valebant; ubi Urbi, nec Urbi tantum, sed insuper castris disciplina constaret: & utrimque tantum pudor, quantum virtus & fortuna exequeretur. cæterum ubi luxuria atque avaritia in rempublicam irrupere, & rusticitatem vocarunt severitatem ante laudatam; eoque modestiam, justitiam, industriam remiserunt, atque inter bonos & malos discrimen, simul vitiis & virtutum pœnas ac præmia sustulerunt: tum illam, ut maxime viris, equis, armis, copiis valeret, tamen minimum efficere, quin sensim fluere, & in aliam partem ire, necessum fuit. Sed quanti interest civitatis, ejus conjunctionem optimis legibus ac moribus omni ratione servari sartam rectam: tanti interest, Artem ejus auctorem, custodem, vindicem, coli diligenter religioseque.

Non sum nescius, foro de populo aliquem qui magna clamet voce, esse hæc subfrigida atque inania; applaudi nugis; in cœlum evehi scientiam modicam, ab omni sapientiæ atque ingenii cultu remotam: parum pendentem a judicio; plus a memoria, tum esse anxiam de syllabis; torqueri in singulis literis, maxime verborum calumniis consumi: plerumque de stillicidio, de fluminibus, de cloaca, de glande legenda, id est, ineptiis consuli: raro majoribus misceri negotiis; minimum de summa republica sollicitari.

Vetus hoc & frequens convivium depingentis imaginem hominis Jurisprudentiam veluti opificium exerceentis : non quam expectatis divinam atque admirandam faciem sapientiae legibus moribusque ornantis pacem seculi. interim percutit sonus iste inscitus non magis aures, quam animos juvenum nondum firmatos & adhuc in primis viis laborantes, qui ut contemni possit a sapientibus, tamen ne imprudentibus fraudi sit, age conferamus pedem sine dubio evicturi, a Jurisprudentia prope abesse quidquid negotiis, quidquid sapientiae, quidquid ceteris humanitatis studiis debetur.

Ajunt, Artem nostram (si Diis placet) esse vilem: ajunt, minoribus fatigari rebus, vos videte, hoc qui accipiatis, AA. ego vero illi imputo: quod civilis studiosa tranquillitatis, nihil omittit, quo qualescumque evitentur lites, & ubique retenta pace, in civitate constet fides communis boni. ita tantum abest: ut idcirco contemnenda sit; ut magis laudanda veniat industria sic majora exequentis: ut ne minora quidem pratereat: & vicissim ad minora ita accedentis, ut nec majora negligat. Siccinne? primum instruit, ornat, absolvit officium, curam, studium vitae splendidae ac negotiosae. illa quid vult, quid agit, quibus constat? tractatione omnium quae summi imperii providentia atque auctoritate in comitiis, in consistorio Principis, inve Senatu egent pro optimo publico. Magistratum porro officia, curationes, munera, nonne Senatus, Populi, Principis voluntatem ministerio suo exequuntur? unde fit, ut foris secura sit respublica; ut domi sana; utrimque opibus ac copiis affluens; ubique innoxia libertate fruatur? illuc quae exeunt, maxima sunt, unam tamen publici Juris partem efficiunt. quid altera? ad Sacerdotes, ad sacra, ad caeremonias pertingit: uno justitiae officio, conciliari cum Deo, secundo cum homine. hoc pietas, illud religio appellatur; ingens, si caste adhibeatur, instrumentum ad mentis emendationem; id est, ad virtutem honestatemque; simul ad divinam humanamque pacem. aliter: non minus incitat animos superstitione captos, velut furialibus stimulis ad turbas, ad libidinem, ad scelera. igitur ut oporteat, liberam ac voluntariam esse rem animi atque intellectus; nec poenis armisque, sed conjunctione rationis homini cum Deo communis, accipi, custodiri, ac promoveri, at ne vergat ad ruinam morum, remve publicam in casum trahat factionum conspiratione, justissimae cautionis est. Inunc, & praeter te fer, tantum exiguis rebus, tantum ineptiis servire Artem: cujus tam insignem in rebus sacris ac profanis domi, foris, pace & bello esse commodum experimur, i, & dubita: utrum plus memoriae, an judicio debeat.

Nam quid dicam de ejus affinitate cum cultu Sapientiae? hujus optima & praecipua laus ad mores refertur: ceteris occultis & quodammodo ab ipsa Natura involutis, at illa virtutis atque officiorum magistra quid habet a Jure Naturae & Civitatis, quid ab homine publicis privatisque rebus intento alienum? non repetam superiora, tantum utar exemplis paucis, sed evidentibus. Sit maris & foeminae conjunctio, quam matrimonium appellamus. quid magis expedit reipublicae, futurae brevis aevi, absque eo seminario sit? jam in tot fortunae casibus quod est honestius mortalibus solatium? dubitetur tamen, quid in conjunctione tam necessaria Natura indulgeat deliciis humani affectus? quid contra civilis pudor dicat incestum, nefarium, turpe? permittenda, an coercenda sit uxorum multitu-

do? quid conveniat primis votis, quid sequentibus a morte prioris conjugis: praesertim natis liberis? an sufflaminanda inter virum & uxorem sit donatio nocitura profusa facilitate, aut concordiam magis pretio, quam honesto amore conciliatura, postremo meliorem factura pauperiorem, deteriore vero ditio-rem? an concedendum sit licentiae repudiorum, divortiorumque bona gratia, aut per indignationem? honestumne sit, his receptis, stipulatione poenarumque vinculis adstringi matrimonia contracta vel futura? quae tam oporteat esse potestatem patris, liberorum educatione incertam adituri aleam? qua diligentia circumdanda sit pupillorum, minorum, aliorumque infirmitas: ne sibi noceat, neve praetextu tutelae curaeve impie atque inhumane spoliatur? longum est, addam tamen pactio- num contractuumque multiplices formas aut officiorum necessitudine, aut utilitatis permutatione omni vitae commodas atque opportunas? adhuc neget aliquis, ne in genere injuriae aut ratione erretur, esse in constituendis singulorum naturis, modis, finibus, opus sapientia, judicioque negotiis spectato? quo igitur in his, nisi in honesti & turpis, in aequi & iniqui, id est, in publice privatimque utilis ac noxii momenta & proprietates cadit disceptantium labor? Paris fuerit industriae, considerare atque expendere, quibus vitiis, qua poena, quem ad modum, purgari civitatem justum sit, non inficior, melius atque aequabilius se habituram, absque ullis esset, sed hoc sperare in tanta seculi inertia ac segnitie, quis audeat: nullo poenae fine, nullo fructu? an ignoratis, quae in foro delicta, peccata, crimina appellantur, apud sapientes censeri errore humanae sortis, non peccaturae: si mortalis foret tenuitatis, quid suae conducat salubritati, omni loco & tempore ex veris principiis recta ratione deducere. Non faciam Naturae controversiam de providentia, est illi sua causa, etiam cum nos fugit, saltem fas sit, deplorare nostrae miseriae conditionis: cui necesse est, in infinitum sequi bonum & evitare malum: nec interea quae jus sit optare, aut deprecari, magnopere licet animadvertere aut discernere, ubi igitur sapit? imo ubi non labitur? quaeso vos dicite: ipse dubito, sponte, an necessitate: aequae ex obviis principiis, ut ut falsis, falsa fluente collectione, atque ex veris ac bonis vera sequitur & bona. sic eheu! etiam cum suo studet commodo, ut debet, duce Natura, pro vero speciem amplectitur: bonum minus majori, praesens futuro, privatum communi praeferebat: ignara, vel hoc suum contineri, utrum igitur placet, deferri ream imbecillitatis: an parci ejus infelicitati? occasione gaudet clementia, memini: fateor, sed vitanda confusio, & flagitiorum eruptio, exemplo nocitura, deliberemus igitur de poena, duro hercle & infau- sto, sed necessario, remedio: non tamen admissi jam erroris, absit: is qui potest fieri infectus? sequens ordinandus est, nec iste quidem accipiet legem: si humanum excedat modum; aut manus ac mentem a republica abstineat. an sapientis sit, frui poena, & ultione vana aut nihil ad se, nihil ad rempublicam pertinente, grassari ad crudelitatem? nequaquam. quid ergo? relinquat hunc suo dedecori, tantum sit negotium, cavere: ne aliis graves sint affectus, a linea omnium utilitati legibus posita se moventes: ac si quem capiat mala libido egrediendi metam legum; illecebram stultitiae mutare acerbitate poenae ad miseriam exituram, ita malae mentis sint peccata ad meram rationem exacta: an indigne- mur,

mur, in humano foro, integritatem civilis conjunctionis conservaturo, terreri inhiherique consilia actionesque illi conjunctioni noxia? atqui leonem, lupum, similemve tollimus belluam magis lege immanis naturæ, quam suo peccato perniciosam. & quid interest inter hanc & hominem suam feritatem, invita ratione civitatis, ferentem pessimo publico. Sed est unus pœnæ finis utilitas servandæ disciplinæ: sine qua nullum est, nec sperari potest otium reipublicæ. eam porro utilitatem vere condigneque taxare, cujus est, præter eum qui humanæ indolem naturæ, virtutumque & vitiis causas habitumque, simul quæ media sint atque indifferentia, perspexerit penitus? sic quoque more boni & prudentis Medici, quibusdam statim occurrit: ne late serpat malum, & sero quaeratur remedium. alia differt: dum ingenia mitescant, & morum asperitatem sapientia emolliat. hæc ne irriter pœna, consilio dissimulat. illa quæ se tractari sinant, pro modo exempli utiliter emendat. Interim quantula est legum innocentia in comparationem præceptorum juris! Separavit hæc prudentissima Ars a suis regulis: volens, præcepta esse consilia sapientiæ: docere, suadere, nihil cogere, non minari pœnas, præter divinas; in his quoque pœnitentiam agnoscere in primis sinceram. at leges regulasque imperare, verare, punire, permittere: non disputare, non consulere, non donare ne pœnitentiæ quidem, etsi veræ, ita has, quatenus manu valent, malis & noxiis actionibus mederi. illa mentis puritati studere: nec modo quod licet, sed in primis quod decet, id est, quod pietati, verecundiæ, justitiæ, liberalitati, fidei, virtuti denique & honestati convenit, suum putare. quod quid est? nisi, ut ille ait, veram, non simulatam Philosophiam affectare?

Sed quanta Arti a sapientia laus est, tanta ei venit a cæteris humanitatis studiis. scires, esse eorum qui ingenii cultum rebus attulerint in tribunalia, in Senatum, ad Principem. adeo vix discerno, quo præstent maxime: dignitate, an verecundia: negotiorum peritia, an diligentia: doctrina, an sermonis cura atque elegantia. Non faciam fidem rei certæ & liquidæ, quis ignorat, Jurisprudentiam partim verborum interpretatione, partim rerum atque utilitatum discrimine occupari. ponamus saltem testamentum aut contractum, aut si mavultis, legem, edictumve. nonne, si obscura sit loquentium mens, quid senserint, ex eo quod dixerint, expiscari cogimur? miramur igitur, cum ad rerum & verborum origines ac significationes quas aliquando mutat, sæpe obliterat longa ætas, & loquentium usus, multa sint a Grammaticis subtiliter eruditeque excogitata, ac tradita: eam esse gloriam Jurisprudentiæ, ut ejus studio industriaque plura adderentur.

Jam si quem capiat laudabilis impetus noscendi Populi Romani munera, mores publicos, privatos, veteres, novos; si sobrietatem, luxum, delicias, elegantiam, in Urbe, ruri, in ædibus, villis, hortis, in nuptiis, funeribus; alibine uberius hujus doctrinæ fons, aut copiosior materia, quam ubi de his ex testamentis, codicillis, pactionibus, negotiis omnis generis lites & juris quæstiones exercentur. Sed est incredibile, quantopere hæc & alia Pandectarum Fragmentis, & utriusque Codicis, cum Theodosiani, tum Justiniani Constitutionibus illustrentur. Non repugnem, AA, volenti, Juris Civilis Corpus appellare sacrarium vel thesaurum omnium quæ do-

mi, quæ foris, quæ privatim, quæ publice, bello, pace, in judiciis, in jure, in Senatu, in comitiis, apud Principem, sapienter, aut temere, facta sint a summis, mediis, infimis.

Verissima hæc esse, videtis, AA, nec putate tamen, me agere; ut unum vobis hoc obtrudam Corpus: quod alibi sit honestæ & eruditæ elegantiae, sordere aut supervacuum esse opiner. Non est hoc mihi consilium. cum commendo & laudo nostra, cætera non contemno. nimis cerno, quam arcta, & suavis sit omnium artium ad bonam mentem enitentium cognatio, invicem se non ornans tantum, sed juvans quoque. quod res est, volui, exposita varietate doctrinæ quam ambit hæc divinarum atque humanarum rerum Sapientia, vos ejus amplitudinem, utilitatemque intelligere, & tam multiplice moveri venustate, ut affectetis viam, qua ad ejus apicem prudenter, cito, feliciter, contendere & evadere debeatis: hoc tempore quo fere per incerta atque avia ætatem vagatur: quia præstare credit aliquorum ignorantia an ignavia, quiddam, quod ajunt, simplex, & ad usum spectans, doceri; quam Veterum exemplo, ad eam cum decore scientiarum comitatu venire: dubito, utrum magis stulte, an impudenter. Non minus utile fuerit, vos meminisse, pulcherrimam hanc Artem non esse natam uno aut altero die; neque ab unius ingenio, eademve opportunitate profectam: sed pro Reipublicæ moribus, commodis, difficultatibus sensim esse auctam: ne semper quidem eodem perduravisse statu: sed ut ventis ad spectus nubium, ita fortuna publicarum privatarumque rerum sæpe variatam atque inflexam fuisse. Plura adderem: nisi intelligeretis, referre Artis per tot secula, per tot casus jactatæ, ejus fata atque inclinationes bona fide comprehendere curatissima observatione temporum quibus quid jussim, emendatum, abrogatumve sit: neque magis abstinere a vetustis, quam a novis quibus illa mutata aut temperata sint, oportere.

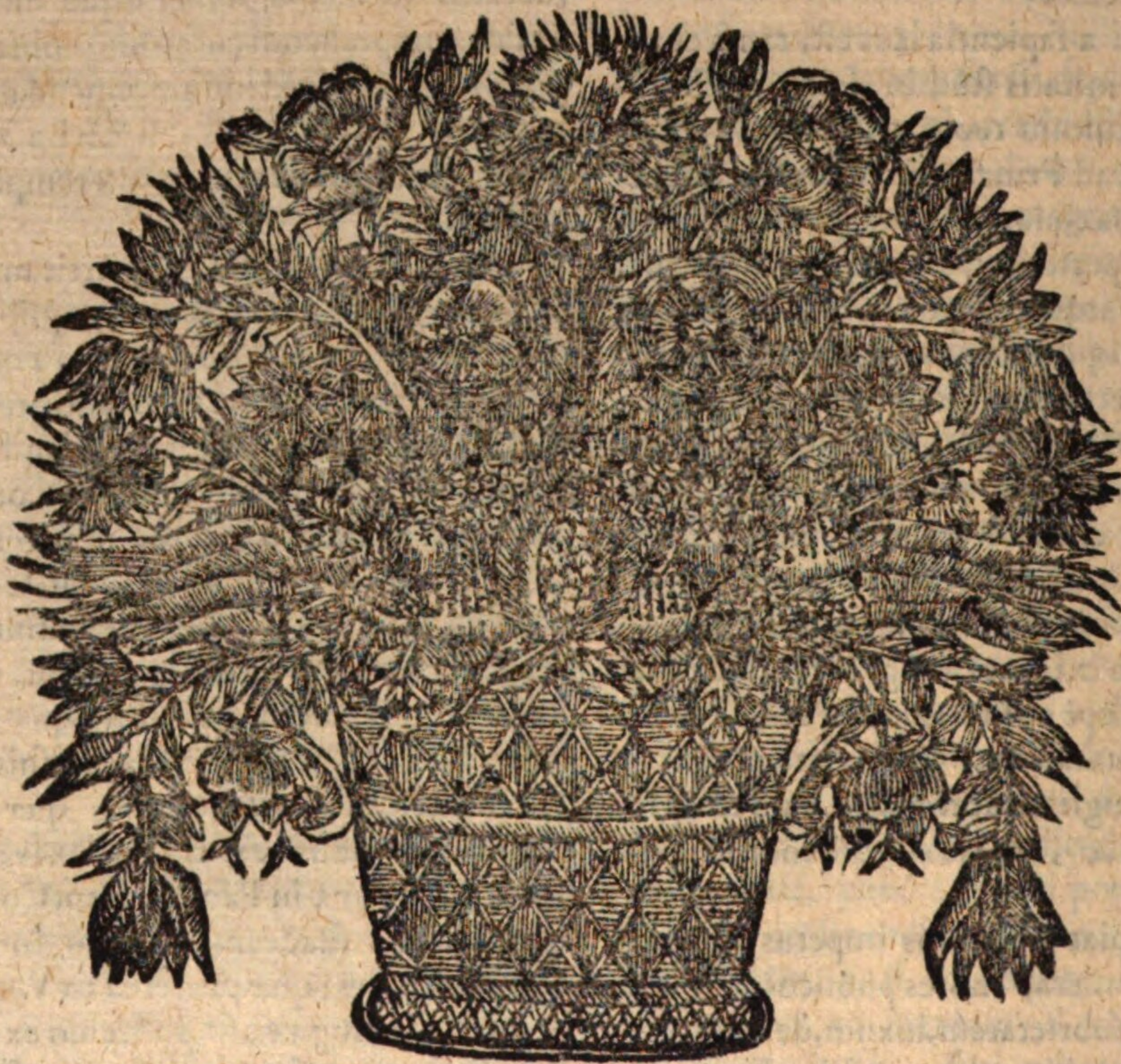
Igitur (quod dignum est Artis majestate) finite, eam quibus crevit opibus, quibus per omnem terrarum orbem post tot secula in Foro observari, & in Academiis doceri meruit, iis retineri. constat illa, quanta quanta est, partim legibus ac moribus Populi Romani, partim communi omnium hominum jure. igitur pro se quisque advertat, quæ Jus Gentium & communis præcipiat sensus. deinde, quæ fuerint Legum, Senatufconsultorum, Edicti perpetui verba; quæ restitui possint, quæ amissa videantur: quis auctor, quis ordo, quæ ratio, quæ sententia fuerit: quæ ad hæc Veteres suis quisque libris & temporibus annotaverint: quæ Rescriptis aut Constitutionibus ex rigore laxaverit benignitas Principum: quæ in Pandectis aut Codice conjungi, quæ separari suadeant locorum Inscriptiones aut Subscriptiones: quæ præterea ex Veterum moribus & studiis, ex linguæ usu, postremo ex omni antiquitate illustrari possint: quæ fuerint sectarum discrimina, quæ vestigia restent; quid regula Juris, quid adversus eam pro communi utilitate receptum sit: quid recte, quid secus, fecerit Tribonianus: quæ scripturæ, quæ interpunctionum sit fides, constantia, aut varietas. Pergite hoc itinere seduli atque assidui; & Jurisprudentiam, non umbram invenietis. parum illud vobis Interpres imperitus & nimis securus. melius cum Veteribus deliberabitis de restituendo ad veterem elegantiam instrumento Populi Romani, an orbis terrarum pulcherrimo.

Haeritis & statis, quia non videtur labor vester suffecturus investigando amota? erratis. non, si quaedam diffluxere temporum injuria, eo de universis desperandum est. multa tempus abscondit? multa detexit. ignavi sumus, si non & nos sequentibus prodamus aliquid, ut a prioribus accepimus. at enim metuitis tramites, & viam alicubi molestam. nempe, quæ virtutis via est, planam & jucundam creditis. quid, si virtus aspera sectatur & difficilia? sed contra annititur, & duritiem, si quæ est, industria mitigat. imitemur exemplum: arbitrati, nisi quod Natura vetat, nihil esse arduum aut invium. igitur tales mihi date: & quam desideratis, vobis Jurisprudentiam dabo. hanc vero cam dico: divitias, decus, gloriam vobis supra caput esse, atque in oculis poni, credite. si enim rem recta putatis via: semina estis posita hunc in locum, velut publicum orbis plantarium: unde ubi vestra sic adoleverit scientia, ut ad juvandam rempublicam utilis atque

idonea videatur, ad ejus partes, tamquam ad pomarium amœnum ac fertile, transferamini. quin igitur expergiscimini, & surgitis, & quod offertur vobis publicum & privatum justam civile, quam gentium, velut rem omnium communem, occupatis. nunc maxime, cum viget flos ætatis vestræ, aptæ ad discendas artes honestas & decoras. non est, quod circumspiciatis duces gloriosi conatus: quibus suppetunt tot mei Collegæ Clarissimi & Eruditissimi: parati, in vobis exprimere viros doctrina ac sapientia eximios: qui aliquando humanam conjunctionem consilio regere, judiciis tueri, ac legibus moribusque emendare possint. hos inter si vel mea non inutilis videbitur tenuitas: numquam a vobis ab erit animus meus. me spectate; & hanc dextram accipite, quod meum est, vestrum futurum.

* * *

Finis Dissertationis primæ De Civili Prudentia.



GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DISSERTATIO SECUNDA

DE

CAUSIS CORRUPTÆ
JURISPRUDENTIÆ,

Habita Ultrajecti ad Rhenum Prid. Id. Febr. A. MDCLXXXIV.

Nescio, quare fiat, AA: ut qui hanc virtutis & honoris sedem tantum quod aliqua cum fiducia conscendi; ex templo animum horrore concuti, membra trepidare, constantiaque meæ rigorem laxari atque infringi sentiam. Si ad me, si ad vos specto: quam dicam tantæ, tamque subitæ, causam perturbationis? Num deprehensum re nova aut inopina hac actione, hoc loco, hoc tempore? At ex usu Academiarum in quibus Jurisprudentiam sum professus, sæpius publice verba feci. Nec jam potest in tanta civitate ille ornatisimorum atque eruditissimorum hominum confluxus pro concione primum dicturo inexpectatus accidere. Non magis debet auspicianti dignitatem, mihi ab Amplissimo Ordine pridem oblatam ex communi omnium voto, terrori esse ipsa qua motus, Ultrajecto Frisiam mutavi, publici de me judicii conscientia. Ego tamen quo magis hæc cogito, & quæ præterea sunt mei honoris causa facta; eo magis mens animi mei præstringitur: nimis intelligens, unius horæ momento in periculum deduci non hujus modo orationis eventum, sed etiam omnis fructum existimationis quam mihi qualicumque industria ab aliquo tempore comparavi. Impetraveram nimirum a Republica Frisorum ampla & magnifica: ut esse aliqua mea existimaret specimina: hujusque rei quæ adferam documenta, præter prolixam munificentiam qua me huc iterum publice invitatum, iterum prosecuta est, etiam tertium, nisi me victum cæli solique hujus ingenio, amœnitate, elegantia ultro monuissim, prosequi voluit. Sed illa qua est magnanimitate, quidquid a studiis literarum commendatur, sua benignitate non indignum arbitratur. Ego vero hoc publicæ indulgentiæ privilegium fato debeam, an meritis doctrinæ meæ: timeo, privata voce definire: cui difficile sit, non accedere Reipublicæ de me benigne sentienti; & rubori, admittere honorem cui possim impar videri. Ut ut erit: illic poterat mihi ejus reputatio præjudicii aliquam præstare securitatem: hic novo honoris processu incertam experiar fortunam. ita fuerit

mihi aliquamdiu & jucundum & decorum duorum Illustrium Populorum de me certamen: quo tamen diligentius alter egit, ut me haberet; alter, ut retineret; eo magis nunc laboro: suspectis sapienti bonis ultra vota fluentibus. Sed quid ago? quid molior? jacta alea, tarde damnum consilium, quod mutare non possim; nec, si possim, optem. Vestram certe, AA, indolem æque ad officia humanitatis, atque ad literarum gloriam inclinatam, cum mihi æque animo meo repræsentem: est quo me consoler ac confirmem: in hoc muneris mei ingressu, pro captu ingenii, vobis faventibus, ut spero, sine metu frigoris dicturus de causis corruptæ Jurisprudentiæ.

Id placuit argumentum: nec, opinor, est elegantior atque investigatu dignior quæstio, quam illa; cur, ubi priora tempora nominibus tot excellentium Jurisconsultorum inclaruerunt, nostrum potissimum obscurum atque ignobile, vix paucorum lumine & gloria illustretur. quippe rara sunt, post hominum memoriam, a Jurisprudentia cum notabili laude profecta. putes, plerisque tædere Artis quam profitentur: & quod doctissimo cuique, aut regenda civitate principi, propter insignem ejus æquitatem, variamque sapientiam, ante sanctum ac venerabile erat Juris Romani nomen, cum maxime videri supervacuum, atque alienum ab omni non solum doctrina atque elegantia, sed a communi quoque usu ac vita, subtilitatem præferre.

Si tamen publice placuit, Jus Civile adhiberi in judiciis; si doceri in Academiis; si tot seculorum fide & periculo in hoc, velut commune gentium nationumque jus, obstinate consensum est: date, quæso, majestati Reipublicæ, & venerationi orbis, & temporum experimento: ut hanc artis nostræ contumeliam non ejus ineptiæ, sed inscitæ non assequentium imputetis: quin, ut legum vigor ad Reipublicæ ornamentum, tranquillitatem, salutem denique pertinet: ita earum scientiæ tanta videatur sive fortuna, sive prudentia fuisse, quanta fuit Æterna Urbs in latissimis imperii finibus ac copiis cum inveniendis, tum per tot secula retinendis. Quod si, ut par est, impetravero; tantum abest: ut Ars nostra sit tenuis, jejuna, & subti-

subtiliter nugax: ut ne fuerit quidem umquam inventum otiosorum hominum. Sitaliarum fatum Scientiarum; ut sint de schola; ut multis doceantur verbis & eruditis, nec tamen intelligantur, minusque subsistant intra finem usumque humanæ tenuitatis: hæc est prerogativa Artis nostræ: quod rebus debetur, quod originem & causam traxit a necessitate humanæ conjunctionis; cuius utilitatem quæ summa est & honestissima sine exceptione, sibi proponit juvandam tuendamque. at vires in comitiis atque in Senatu accepit: formam in foro adepta: postremo est in consistoriis Principum perfecta. ita non affectat sapientiam quam usus & civilis ratio adspernetur: ne adsurgit quidem ultra humanum modum. uni servit communi vitæ, & quam proficitur diligentiam, publicis privatisque commodis metitur: passim iusta, æqua, modesta; non mollis aut effœminata; sed neque fœra aut aspera; ubique mortalis memor conditionis, legum severitatem comi benignitate prudenter temperans. Sed lex totius civitatis quasi mens est; legis autem præcipuum decus ratio, omnis divini atque humani juris auctor: rationis porro ipsius lumen est Civilis Sapientia, cuius gloria quo magis declinavit: eo iustior fuerit disputatio qua ejus mali causas inquirere; & repertis, tandem remedia circumspicere possimus.

Nisi verisimile sit, rerum Naturam consensuere, aut hominum ingenia decoquere, & ad adquirendam retinendamve Artem qua adstringuntur vincula humanæ societatis, inidonea fieri. Sed quis id serio censeat: incidentibus quotidie novis atque immanibus cæterarum artium incrementis? Non opus omnibus, saltem date mihi Sapientiæ partem qua rerum abdita, & Naturæ secreta investigantur, ecquando ullum fuit tempus quo adscendit ad perfectionis laudem ad quam non credimus, sed videmus, egregiorum hominum ingenio atque industria evasisse? Jam si Medicina, si Astronomia, si Mechanica, si denique Mathesis longius progressa est, quam quo potuit sedula & erudita adspirare vetustas: an una tam infelix habenda est Civilis Scientia: ut, cum Natura cæteris sufficiat, ipsi maligna aut excusanda videatur? Sed desino, invidiam facere Naturæ: putemus, ubi prioribus jus fuit, vel ad hanc venire; ipsamque non tantum a vulgari & publica intueri parte, sed ad interiorum quoque & sanctiorem cura atque industria penetrare: nos cum inde atremur, non modo humani ingenii, sed studii atque operæ prohiberi. Est ea, AA, rerum humanarum conditio: ut his viis quibus inventæ sunt, facile retineantur: sin earum pigeat; marcescant sensim & corrumpantur. videte, quæ præsertim celebrantur familiarum aut civitatum vires, opes, copias: eæ quo minus stent aut cadant; aliud, præter disciplinam, efficit? Harum exemplo artium fortunæ utentium moribus variantur; & quem esse in nostra torporem atque oscitantiam querimus, hic a pristina severitatis sive ignorantia, sive negligentia proficiscitur. quod si quis eodem tramite, & pari animi contentione qua præsertim prisca temporibus usi sunt egregii homines, ad illius perfectionem enitatur: dubito, an huic quod ad summam pertineat scientiam, & homine in Foro eccellente, aut in Republica principe dignum sit, nihil magnopere defuturum videatur.

Fugit enim vos ratio, AA: si existimatis, esse vana atque inania secutos: si cogitasse ab omni elegantia cultuque eruditionis & sapientiæ remota: si

substitisse circa tenuia & levia, si in legibus adquevisse verborum aut syllabarum calumniis: si egisse, ut exprimerent aliquem non re, sed nomine prudentem, absit, illis sedebat, ut in vita, sic in Civili Scientia parum sublimia assequi humilia cogitantes, aut illorum præsumpta desperatione in plano morantes. simul merebatur decore ac religiose coli Ars rectura leges, id est, formas quibus a Natura profecta ratio, in omni vitæ colore agenda, ac fugienda pænæ comminatione esset præscriptura. Eam igitur ornaturi Artem, ex summis opibus & præclaram quærebant scientiam, & perfectum iustitiæ Sacerdotem: qui non legum memoriam, sed intelligentiam, neque Artis elementa prima, rudia, angusta, sed omnem doctrinæ ambitum, sapientiamque circumferret. ita, me hercle, studebant, omnium divinarum atque humanarum rerum causas ac motus scire: in primis que humanæ jus conjunctionis, ejusque originem, vim, atque utilitatem: inde boni & mali, iusti atque iniusti, honesti ac turpis rationem, gradus, discrimina: postremo, quid jubeat, quid vetet, quid in medio relinquat Natura explorare, cognoscere, intelligere: nec minus Geometriam, Dialecticam, & literas politiores, atque antiquiores attingere: Latinique sermonis usum ac proprietatem: tum principis Populi mores cum privatos, tum publicos, quibus crevit, quibus adolevit, & tandem eo magnitudinis surrexit, ut mole sua laboraret, propriisque viribus consumeretur, memoria atque animo complecti. His opus erat illi qui vere atque ad publicam utilitatem, pro dignitate muneris atque officii, apud cives, socios, hostes, in otio, in negotio esset responsurus de jure belli & pacis, de rebus divinis atque humanis, maximis, minimis, publicis, privatis, aliquando ex Naturæ, plerumque ex civilibus legibus quam recentibus, tam vetustis: in quibus temporum injuria antiquos mores, vocesque sæpe deleverat aut innumbraverat: cum his moribus vocibusque jus atque æquum, id est, negotiorum, fœderum, legum vis ac potestas contineri ac prodi videretur.

Nec tamen ad scientiam illam nudam, etsi variam atque amplam, consistebant. paraturi se actui rerum, satis intelligebant, Artem civilibus officiis præsidem, inspectione instrui, disponi, perfici; exercitatione consummari atque absolvi: alteram causas, alteram rem ostendere: alteram ingenium, alteram Judicium formare: utramque alterius societate crescere; neutram sine altera valere, excellere. ante omnia igitur quærebant uberis ac copiosæ opes scientiæ. deinde ei usum atque exercitationem adjiciebant illustrium virorum affectatione & comitatu in judiciis, in concionibus, in consiliis, denique gravissimarum rerum domi, forisque tractatione. Sic, cum ingenium atque artem non minus experimentis atque exemplis, quam præceptis alerent ac confirmarent: cedo, an fieri potuit; ne illis ingens atque admiranda obveniret sapientia, facultas, constantia: qua in judiciis avaritiæ, superbiæ, calumniæ occurrere: qua in republica utilia servari, aut recipi, contraria abrogari aut occupari, qua denique felicitis sæculi luxuria coerceri, qua adversæ fortunæ impetus inhiberi, retundi, atque infringi posset?

Talem vetustas refert Catonem, Porciæ gentis principem, agricolam solertem, reipublicæ peritum, Jurisconsultum, magnum Imperatorem, & probabilem Oratorem, & cupidissimum literarum fuisse. Talem Sextum Pompejum, præstantissimum ingenium contulisse ad summam Juris Civilis, & ad perfe-

perfectam Geometriæ, & rerum Stoicarum scientiam. Mitto alios: quid Antistius Labeo, vir ingenii non minus liberi atque incorrupti, quam terli & exercitati? his artibus & studiis, quæ non tentavit, quæ non effecit, quæ secus accepta, non solerter prudenterque innovavit, quæ invia aut impedita non feliciter perrupit aut exposuit? Salvius vero Julianus, ille ætate sua sapientissimus, & inter tot nobiles atque egregios homines visus Hadriano non indignus cui Edicti perpetui compositio emendatioque commendaretur, aususne fuisset tantæ vetustati, & præsertim diligentiae Servii, Ofilii, Labeonis, qui idem vel simile cogitaverant, detrudere aut addere: nisi longus usus & immensa antiquarum novarumque rerum ac verborum doctrina ei fecissent fiduciam consummandi canonis ad quem Artem deinceps exigent sapientes; & in communi vita suum quisque jus metiretur? Jam quibus artibus tibi impetrasse videtur Æmilius Papinianus, Præfectus Prætorio: ut in Jure Civili Deus haberetur, & æternitati feriis anniversariis consecraretur, ab eoque studiosi juvenes Papinianistæ tertio laborum anno appellarentur? Ejus quoque auditor Domitius Ulpianus, Alexandri Severi tutor, Allector, Præfectus Prætorio, cujus etiam in conviviis, in balneis, in ambulationibus eruditi sermones, & eximiae verborum observationes laudantur, nonne late patentis imperii, monstrosa Heliogabali nequitia, locordia, turpitudine non labentis, sed præcipitis, pondus sustinuit, & veterem disciplinam magno animo, parique sapientia optimo publico restituit? certe Alexandere eo quod Ulpiani consilio uteretur, fuisse summus Imperator memoratur. Sed ego, quoties aut viri illius aut cæterorum Fragmenta legi, quid primum, quid postremum, quid plus, quid minus admirarer, non inveni. quærebam in stilo elegantiam, simplicitatem, dignitatem? nil poterat elegantius, simplicius, gravius haberi. sectabar in interpretando, disputandoque subtilitatem, prudentiam, industriam, humanitatem, verecundiam? dubius eram qua virtute ac facultate tanti viri, tot negotiis impliciti potissimum valerent. adeo non judicio doctrina, neque doctrinæ justitia aut providentia, neque his omnibus modestia, cura, ac diligentia cedebat. postremo quid dissimulem, videri mihi de cælo demissos qui publici privati que Juris custodes, an conditores essent?

Simpliciter loquor, non jactandi causa, neque quo laudem viros laudatissimos. sunt illi sua contenti fama, mea non egent commendatione. volui tantum indicare tenorem disciplinæ qua post tot secula, cum neque est pretium adulationis, & cessat invidiæ causa servarunt sapientiæ atque eruditionis gloriam, a qua hæc ætas quam longe abest! utrum rerum, an nostro vitio? piget dicere: est tamen dicendum. quous enim quisque ad Civilem Prudentiam hoc tenet iter, aut se hoc impetu, & perseverantia movet? Olim illa ubi omnium oculis atque animis augusta & magnifica occurrebat; & videbatur domi, velut ex oraculo, respondere; in foro cum admiratione stare; in judiciis aut tribunalibus cum dignitate adsidere aut præsidere; & in Populi comitiis, in Senatu, in Principum conciliis quanta cum majestate non jam de unius hominis, municipii, provinciæ causa, sed de totius imperii jure publico ac privato, id est, de humani generis salute censere & decernere: optimum quemque ac gloriæ maxime studiosum ad sui venerationem accendebat: ei futura non minus ornamento, quam majorum imagines & cutules gesti magistratus,

Nunc deformis, inops, nuda, & pannis annisque obfusa, non veterem dignitatem, non ingenuitatem fatistueretur: magis ad quotidianas capturas prostiuitur. miramur igitur, æque bonis atque ignavis vilescere; tantumque plebeja humilitate censeretur?

Sed ego, AA, hanc esse conjicio causam corruptæ Jurisprudentiæ primam ac præcipuam: quod passim credimus, esse ignobilem; & Jurisconsulti amplissimo nomine non designamus illum divinarum humanarumque rerum sapientem, & publicis privatisque negotiis gerendis utilem atque accommodatum; sed causidicum nescio quem, sibi ex obscura & tenui scientia non honorem, sed præsertim exiguæ emolumentum mercedis proponentem, qui sic imbuuntur, possintne hi sibi permittere: ne ad Jurisprudentiam quasi ad artificium sordidum atque illiberale accedant? utve eam velut publicæ & pro hominum ingeniis ac temporum occasionibus mutabilis & variæ utilitatis intelligentiam, ut decet, per ætates, atque incrementa distinguant; quam intuentur velut imbrem de cælo eodem delapsam impetu, aut tamquam fungum e terra natum proxima nocte? hinc ante, quam audituri Populi Romani leges, animum & pectus impleant studiis sapientiæ atque humanitatis, aut peritia juris naturæ & gentium? hinc in cognoscendos Urbis mores veteres, recentiores, publicos, privatos, inque ediscendum sermonis Latini usum ac proprietatem tantillum olei impendant? hinc se præparent sic: ut ausint, de ipsa judicare Jurisprudentia? ut, non dicam Interpretibus doctis, indoctis, sed ipsis Juris Architectis de veritate movere controversiam sustineant? non facient. imo quemadmodum ad has illoti atque inculti accedunt: ita se valde eruditos beatosque existimant, si quæ brevia Artis compendia vix comprehenderint; & definitionum ac partitionum actionumque solemnia carmina memoriæ mandaverint; Artemque late porrectam, in angustas tabellas, paucasque & sæpe ineptas quæstiones coarctaverint: imperite confusis legibus, moribusque omnis loci, omnis ævi, Civilibus, Pontificiis, Patriis, indolis subinde diversæ aut contrariæ, Cæterum, si quid recto animo tendat ad ingenii famam: si nullius auctoritati donet fidem Jurisprudentiæ: si cuncta serio cognoscat, excutiatque, adhibita ope historiæ, & temporum discrimine, simul ratione civili & naturali: si leges moresque Romanos potius Romanis, quam nescio quibus peregrinis & barbaris moribus ac verbis interprete-tur: id neque esse justii saporis, & infra gravitatem Jurisconsulti consistere, ac potius ad ineptias Grammatici aut Philosophi accedere sibi persuadeat: multoque magis ridiculum videri, si quam scripturæ formam absurdam atque inextricabilem exigat ad intelligentiam manuscriptorum, editorumve dudum librorum: si (quod majoris artis atque industriæ est) ingenii felicitate luxata restituat, vitiatam atque affectam detergeat ac sanet: si Siglorum Notarumque ænigmata quibus corrupta atque adulterata ante & post Justinianum fuisse Veterum scripta, verecunde conjiciat: si interpunctiones quas antiquitas ignoravit, recentior cura invenit, Librariorum locordia sæpe turbavit, in locum suum quasi manu reducat: si glossas: & varias lectiones quæ alibi vi, clam, aut precario irreplerint, tamquam interdicto de injusta possessione dejiciat: si lacunas quas longa ætas, quas Compilato-

rum securitas, quas Librariorum ineptia fecit, ex Jurisconsultorum Fragmentis, aut Theodosiano Codice, aut Græcorum auctoritate suppleat atque adducat: si totam Pandectarum fabricam contemplat, Juris mutationes, inclinationesve atque incrementa insignia & notabilia, tum quæ restent sectarum pugna, quasque vetustas composuerit, observer: si in his quædam Juris regulis, alia præceptis accenseat: si argumenta a contrario atque a consequentia in plerisque Pandectarum locis, itemque in Rescriptis Codicis fieri præter auctoris mentem, eoque fugienda esse, arbitretur: si inveniatur viam qua Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Prætorum Edicta concinnari, & his Veterum Fragmentis pro commentariis, qualia multa fuere, fido Inscriptionum indicio aptari: dubia constitui; interpolata deprehendi; divulsa ac lacerata conferri, jungi, adunari; fugitiva detegi, locisque suis reddi: quæ denique legum momenta magis ratione, quam pietatis in pariete nebulis nugisque gubernari possint; omne id pene nimia, ac misera, & stultæ diligentia esse, opinantur: sane ut ad verum admoveatur, tamen neque tutum videri, neque usu venire, & descendendum esse, ubi ex umbra in solem & pulverem atque adeo in aciem descendendum, ibi seculi moribus, & novo atque inviso orbe utendum sit. perinde quasi tutum sit quod non sit verum; aut quod pro jure scripto observetur, recte intelligi, inutile sit; aut tantum insulsa usu placere atque obtinere possint.

Clara hæc & certa esse, non sentitis, AA? verum multi aut inertia, aut ignorantia, aut spe mercedis, & ambitione frequentis auditorii adeo transversi aguntur: ut nihil pensi habeant, cum suis auditoribus quotidie consimiles miscere fabulas; hisque ignavia ac desidia illecebris pulcherrimam subvertere Artem; & quod indignum est, animos juvenili credulitate fluxos atque obnoxios corrumpere, in primisque parentum vota, & reipublicæ subsidia frustrari. aliudne efficiunt hac verborum specie ac fraude? quam ut juvenes egregia spei atque indolis, dum in Academiis non audiunt veteres leges, neque bonos evolvunt auctores, neque per studiorum gradus ad præclara quæque & sublimia educuntur, neque ad verum atque honestum laborem exercentur, ætatem studiis aptam ac devotam, luxu aut otio consumant, atque ex his egressi spatiis, & sui juris facti, deinde in ea quæ ante non audiverint, legerint, didicerint, inquirendi neque libidinem habeant, neque copiam, adeo ad senectutem nihil præcipuum adferant præter stultitiam & poenitentiam.

Atque hic ignavus, & sordidus animus, si Deo placet, adhuc regitur prætextu communis infirmitatis. an quid frequentius auditur, quam viam illam veterem ac regiam esse præruptam, asperam, obscuram, longam, molestam; vix a paucis etiam sedulis atque ingeniosis multa lucubratione & immenso labore absolvi. hanc vulgarem & compendiarum contra esse planam, rectam, commodam omnibus, ne segnis quidem & væcordibus insuperabilem; breviter vero ejus convenire fragilitati humanæ conditionis: suadentis, festinari studia; ut fructus percipiatur; & quo plures aut libidine aut ingenii tarditate tempus ac laborem perdunt, eo tutius consisti in modicis & simplicissimis, iisque ad Jurisprudentiam quam citissime, tam certissime perveniri. Sed, per Deum immortalem, vos ego appello, vos, inquam, qui sic sentitis: quando de hominibus tam male meruit

Natura; ut in tam multa & præclara natis ingenium qua ea assequantur, negasse videatur? potius putemus, eam ut avibus celeritatem, canibus odorem, lupis sævitiam, ita nobis mentis solertiam indulgisse? quod si lubet, homines cum hominibus conferre: fateor, distinguit eos fortuna opibus, natalibus, honoribus: interim quid tam æqualiter inter eos distributum, quam bona mens? itane? videamus plerisque, nonne, ubi adoleverint paululum, sunt ad rogandum faciles, & ad discendum avidi atque idonei? jam in ipsis infantibus nonne divini spiritus scintillæ, & velut conamina emicant? quæ si paulatim extinguuntur: utrum cultura peccavit, an Natura? ego hanc culpa absolvo: & stultos aut ineptos, perinde ut insignes ad deformitatem, aut monstrosos ac prodigiosos, præter hominis naturam, nasci interpretor. igitur fiant laborum gradus: & quod rebus inanibus (ne quid pejus dicam) datur tempus, impendatur Civili Prudentia: quid non ferant hominum humeri, & virtute duce generosa indoles non profliger?

Sunt tamen qui naufragium faciant. Ut hoc verum sit: (quid enim est ab omni perfectum parte?) ideone deferenda tibi videtur bona mens: quia non ab omnibus, etsi diligentibus, acquiritur? non dices: censeo. nam aliquando & cultura non ex voto messis respondet. sæpe etiam navigantis spem tempestas interpellat. quis tamen idcirco agros suos negligit? quis minus studet rei maritimæ? nemo. cur igitur ab ornanda colendaque serio Jurisprudentia absterreamur eo: quod ad eam virtutis via grassatus aliquis, spe sua excidit? Etsi id paucis contigit. plures hac præclaram obtinere scientiam, quam qui vulgarem & compendiosam iniere, qui mihi tum quoque, cum in portum suum pervenere, ac sperata assequuti sunt, id est, tenuia & vilia, videntur naufragium fecisse: cum is qui summa petit, si ad ea venit, nil superius habere possit: si non huc venit, tamen ad secunda admissus, summis proxima adipiscatur. Tantum refert in hoc sapientiæ curriculo, utram viam ingrediare! nec deinceps quærat sapiens atque intelligens, a quibus quanta opera superetur: sed quo usque egrediatur. quid, si ne ipsa quidem illa verus & regia via tam difficilis & præceps est, quam imperitis videtur? quemadmodum enim montem, ita illam e longinquo prospiciens, abrupta & præcipitia se videre omnia; oculorum errore atque infirmitate existimat: quo autem propius ei admoveatur, hoc magis distinguuntur locorum spatia atque intervalla: & quæ ante præferebant ardui imaginem, nunc erigunt lenes & faciles clivi: in quos ubi sensim, ac velut de gradu in gradum adscenderit: vix dici potest, quam alteri sit jucundum, inde patientes campos, alteri sapientiam planam atque apertam, & ultro se oculis atque animo ingerentem, neque tenebris aut nebulis involutam ac circumfusam contemplari. magna sane cum voluptate, nec minore utilitate sentiet, quam omnes gentes agat una Naturæ lex æterna atque immutabilis: at civilia jura passim diversa, sæpe contraria scribantur: neque semper eodem perdurent modo; sed pro temporum moribus, & reipublicæ formis, & insequentium utilitatum rationibus sæpe mutantur. jam quam jucundum speculari, Duodecim Tabulas, & in his leges Regias, breves & plenas antiquæ severitatis, sed in magna Populi paupertate, & integro atque incorrupto adhuc ævo, prudentissime scrip-

scriptas? quam suave videre, eas deinde aliis atque aliis legibus abrogari, aut restitui palam: aut Prætorum Edictis annuis mitibus & popularibus, adhibito plerumque colore aut fictione atque imagine verborum, temperari, eludi, mutari? quam amœnum, ex his veluti fontibus & rivulis deprehendere productas Legis actiones, & Fori disputationem in qua Ælii, Claudii, Bruti, Mucii, Aquilii, Sulpitii, Trebatii, Antistii, Ateii, Sabini, Cassii, Proculi, & reliqua seculis veneranda nomina, regulas Juris definiunt: quibus Legum ambiguitatem regunt, angustias ampliant, latitudinem restringunt, duri- tiem mitigant, denique efficiunt: ut auctis publicis privatisque opibus, & (ut sit) mutatis per has moribus, leges veteres pati potuerint mollia & felicia tempora. Dies deficeret exequenti singula: in quibus licet animo via ducto tam pulchra, summa cum voluptate exspatiari. itaque jam nihil dicam de Senatufconsultis, nil de Principum Constitutionibus, siue velis Edicta, siue Decreta, siue Rescripta: in quorum potestatem, post Gordianum, (incertum sublata, an neglecta Fori disputatione) tandem omnis Jurisprudentia concessit. Nec tamen silebo, illam Rescriptis ac Decretis adeo non fuisse obnoxiam: quin hæc utpote ad factum spectantia, nisi in formam Constitutionis conversa, aut usu firmata, aliquando improbarentur, utique Legum auctoritatem non peræque haberent. Sed de veteris disciplinæ amœnitate ac facilitate satis.

Adhuc metus est, AA: ne longior ejus via sit; & festinanda in ista vitæ brevitate studia videantur. Scilicet, fallit vos ambiguitas vocabuli. quæ festinatio dicitur, mora est: & quod compendium vocatur, sapientiæ damnum est. vitam autem plerique non inveniunt brevem, sed faciunt; & hominum vitium Naturæ imputant. quod si his esset tantum bonæ mentis studium, quantum sæpe vanarum rerum & noxiarum: profecto vitam bene collocatam, esse sentirent longam, & Artis perfectioni sufficere: nec proclamarent, se rerum multitudine ac difficultate detineri, aut opprimi. nunc corpori indulgentes, animi cultum negligunt, & quæ sapientiæ circumscriptio est, festinationem indigitant. tamquam apparatus idem sit consummationi, & maturitas cruditate censeatur. at confundimus rerum vocabula. qui discit, prima ducere corporum lineamenta rudi penicillo, non appellatur pictor: nec magis primas intelligens literas, absolvisse doctrinæ orbem dicitur, & audemus, Jurisconsultum primis Juris elementis æstimare? scio, necessaria esse ad alia ituris. at nec literis carere possumus. ut tamen harum peritiæ non adquiescit sapientiam affectans: ita nolim, Juris Studiosus ejus Institutionibus aut similibus Artis compendiis satis se instructum arbitretur plane legat & habeat illa: ad quæ tamquam ad fixum & certum sidus in vasto mari cursum regat. nec tamen desinat, spirare altius: quin positis enarratione Institutionum totius operis siue ossibus, siue membris, post deinde Pandectarum & Codicis lectione apta, diligente, accurata, tamquam nervis ac thoris, masculum illum prudentiæ vigorem constingat pariter atque intendat. Sed quid dissimulem, AA? quia plerisque pœnituit præstantis disciplinæ: ea re angustis inclusa est Jurisprudentia. ex quibus quid ipsi, quid tot eximii legibus deinceps futurum arbitramini? utinam deessent exempla hujus tam justii metus! at in omnium manibus atque oculis versatur Titus Livius, etiam Dion Cassius, uterque florentissimus auctor; sed lacer, sed hiulcus, sed quota sui parte trun-

catus. quid autem illum imminuit præter Annæi Flori, quid istum præter Xiphilini epitomen? jam si Polybium, si Trojum Pompejum, si alios, non excerptissent aut contraxissent studiosi homines, fortasse integris uteremur; neque in antiquarum rerum memoria tantus hiatus pateret. ac ne historiam tantum ad testimonium vocem, quid eloquentiam perdidit? nonne compendiariorum nempe ubi declamare cœperunt juvenes, antequam invenissent vocabula quibus deberent loqui; loquentia facta est. mitto extranea. ipsum Julianum, Papinianum, Paulum, Ulpianum, & ut absolvam, Veterem Jurisprudentiam quid abstulit aut accidit? nonne compendiariorum? Non inficior, Justiniane, Sacratissime Princeps, multum tibi debere terrarum orbem cui divinorum hominum tot præclara Fragmenta reliquisti, & antiquam sapientiam laudabili consilio commendasti. sed pace tua dixisse liceat: tu ipsorum opera quæ ætate tua exstabant, non dicam corrupisti; id enim durius foret: sed interim ea corrumpi passus es. utique, ubi ex his decerpisti flores quos in Academiis prælegi, quos in judiciis allegari, & pro vitæ regula haberi atque observari voluisti, ipsa oblitterata sunt. quæ si exstarent: quantum ad rem literariam conferrent, quantum ad publicam, quis ignorare potest? intelligens, quantum potuerint erudita præstare ingenia, postquam illa Theodosiani Codicis, illa Legum Collationis quæ Licinii Rufini dicitur, illa Ulpiani, Pauli, & Gaji Fragmenta, ne quid de Græcis Interpretibus addam, reperta & luci restituta sunt.

Sed nescio, quemadmodum ad hæc delapsa est oratio mea, ob ea fortassis ingrata vobis & inanis. Huc tamen pertinet, AA: ut corruptæ Jurisprudentiæ causas intelligatis; & remedia quibus restituatur, non alia esse, quam quibus inventa olim atque ad illam magnitudinem evecta est: postremo quæ ex illis reliqua fecit longa vetustas, universa diligenter servanda, & cum licet, adhibenda esse: hæc arti dignitatem, hæc ejus cultoribus eruditionem & gloriam addere, existimeris.

Quare agite, studiis devoti Juvenes generosi & nobiles, (ad vos enim me converto) agite, inquam, & veterem illam ac regiam tenete viam: quam olim Aristii, Juliani, Pomponii, Papiniani, Ulpiani, Pauli, cæteraque prudentiæ lumina, nuper Alciati, Budæi, Duareni, Hotmani, Donelli, Gifanii, Gothofredi, & ut omnia dicam, Cujacii ingressi sunt. quod si enim exemplis utendum est: quibus utar potius, quam his quorum virtus, ingenium, atque immortalis fama omnem jam non laudem exhausit, sed invidiam superavit? quod si mavultis, ea hac peti ex vita quæ civilis & negotiolarum appellatur; foret mihi magna copia etiam memorandi eos quorum doctrina ac studiis vel illa nobilitata atque illustrata est. sed abuterer patientia illustri concionis. non possum tamen, quin vobis allegem Viglium Zuichemum Aitanum, Joachimum Hopperum, Elbertum Leoninum, Hugonem Grotium, & Antonium Fabrum: quorum si veram, & non fucatam eruditionem, si in Academia, in Foro, in Republica principatum intellexistis: scio, ridebitis eos qui cum vetere, cumque ea quæ superiore ævo, & hujus initio viguit, præsentem ac languentem Jurisprudentiam comparabunt; aut magnis hominibus modicam Juris intelligentiam suffecisse, excellentem nocuisse, aut molestam

lestam fuisse, potestantur, sed juvet imperitiam prætextus: numquam hoc obtinebit regnum: ut quæ excusanda fecerit, laudabilia faciat. proinde agite, si viri estis; & in hanc incumbite Artē qua præclaris ingeniis semper licuit, & adhuc licet ad præstantis fortunæ cultum adspirare. agite & festinate: non ut Civilem Scientiam frenis impediatis, sed ut multo usu atque indefesso labore ac studio vobis comparetis materiem eximii decoris; simul sic vitæ brevitatem, si quæ sapientiam aut eruditionem circumscribere videtur, longam ac diuturnam faciatis. atque ego cum vos, cum hanc Urbem cogito: magna mihi est spes hujus togatæ militiæ. quid enim non poterit illa ætas, atque is vigor vester, præsertim insignibus in Foro & in Republica non modo præmiis, sed & exemplis? quid porro

his Collegis meis, vestris in Academia ducibus, quam eruditissimis, tam clarissimis: quibus certum est, vobis iter ad veram virtutem ac sapientiam aperire, & apertum indicare; ac velut justos milites omnibus ornatos armis in castra, sic vos omnibus armatos scientiis ad Forum atque ad Rempublicam mittere. Inter quos si vel mea quæretur opera: plerisque ingenio aut eruditione concedam: a nullo industria aut studio vos juvandi superabor. ac si hoc meo auspicali die futuræ militiæ conditionem intelligere postulatis: non mollem, nec delicatam expectate: potius exemplo Septimii Severi, morientis quidem, sed fortissimi & strenuissimi Imperatoris, hoc vobis signum dabo, LABOREMUS.

F I N I S.



GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DISSERTATIO TERTIA

DE

JURE SUMMI IMPERII ET LÈGE REGIA,

Habita in Academia Lugduno-Batava a. d. V. Id. Febr. MDCXCIX.
cum Magnifici Rectoris munere abiret.

Tacitus *lib. 1. Histor. c. 1.*

*Rara temporum felicitate, ubi sentire quæ velis, & quæ sentias
dicere licet.*



Sæpe miratus sum, AA, magnos clarosque homines quibus negotium fuit, disputare de jure summi imperii, paria Principi & Tyranno jura adscribere: cum his nihil æque contrarium sub hominis æstimationem cadere possit. alter enim volentibus, alter invitis imperat. alter reipublicæ, alter sibi consulit. alter legibus servit, alter insultat. alter a cujusque vita, libertate, bonis, tamquam a rebus sacris, manus, oculos, mentemque abstinet. alter ea res sui juris atque arbitrii esse opinatur. alter igitur Deo proximus, ejusque exemplo de humano genere bene merens, domi forisque carus, sanctus, & venerabilis habetur; ad eumque omnes, velut ad suæ causæ salutis, non eunt, sed ruunt: obstinati, se devovere pro illo cujus spiritu se conjungi, regi, ac valere, sentiunt. alter publico natus malo, nullis utilis bonis, omnibus perniciosus, & ideo fœdus, dirus, & execrabilis, quocumque procedit, tamquam si bellua aliqua fera & immanis e latibulis se moverit, omnia longe late terrore, fuga, vastatione complet. Sed rationis est, Principem a Tyranno distingui: nec minus Principis potestatem jure & legibus, non ejus libidine terminari. Et tamen nescio, qui fiat; ut plerorumque omnium consensu feratur, eam esse imperii conditionem, ut ei ratio non constet, nisi Princeps legibus solutus sit. prorsus ut, quamquam non suos cives, sed se curet, nihil sit eorum arbitrii, præter unam obsequii & patientiæ gloriam; soli que Deo a quo summa venerit rerum potestas, in eum animadversio sit. Adeo rari sunt qui pro populo stent; cum plerique sub Principis persona agant Tyranni causam; & si pugnet utriusque utilitas, alterumque minui aut perdi sit necesse; sibi aliisque persuadeant, cives Principis scelere atque immanitate justius utiliusque atteri, quam Principem a suis civibus, ne eos perdat, in ordinem redi-

gi. perinde quasi homines non sint quibus fortuna parendi conditionem imposuit; soli habeantur homines quibus in homines imperium hominum consensus detulit. At mihi ad causam tam incivilem, tamque inhumanæ sententiæ attendenti, non hæc visa est quæ ad naturæ legem exigitur. Pace vestra dixisse liceat, qui sic sentitis, sive Principes, sive qui circa eos estis, rem optimam & sanctissimam perditis: & imperium quod ad hominum quietem altam & copiosam comparatur, ad eorum perniciem ambitione aut adulatione deformatis: & pro justis, certis, utilibus injusta, incerta, noxia sequimini, numquam propria & fida potentia quæ modum non habet.

Sed interest omnium, & Principum, & privatorum, publicum dispungi errorem; ac tandem veritati dari, ut de summi imperii jure quam simplicissime liqueat. Age vero, quem magis deceat, quam Jurisconsultum, quando opportunius, quam cum se Academiæ magistratu, pro tam illustri & splendida excellentium hominum concione, solemniter more abdicabit, atque ubi potius, quam in hac tam celebri bonæ mentis palæstra, verba facere pro majestate divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum; & honestissimæ Artis præceptis communem humani generis libertatem bona fide vindicare: simul proclamare, tantam ab omnibus qui se bonos profitentur cives, reverentiam deberi majestati reipublicæ, quanta in homines cadere potest; nec umquam nimis liberam, nimisque magnam videri potestatem quæ pro omnium salute intenditur; hanc vero non atrocitate aut superbia, sed ratione & communi civium utilitate æstimandam esse.

Erratis enim, AA; si creditis, luxuriam, avaritiam, violentiam, crudelitatem, perfidiam, & si quæ alia vocabula pestilens produxit licentia, majestate censeris. Non ita est: sunt hæc furoris argumenta,

Potestatis non sunt : ac, si meram quæritis majestatem, quæ sublimior, quæ augustior est ea quæ Dei est? quem non alicujus rectorem civitatis, sed universi, quæ patet, orbis dominum salutamus. tamen minime effrenis est. quin regitur legibus quas ipse sibi posuit: nec ob id minus potens, aut liber est, quod non licet ei ab optimis discedere. In Principe cur aliud dicimus? cur non volumus, eum qui Dei partes sustinet, Dei exemplo, se ratione circumscribere, liberumque esse, ac facere quæ velit; si, quod non debet, puret, se facere non posse; & hac ire semita constituat? Sed par est, Principem qui cæteros fortuna vincit, a nullo animi magnitudine superari: nec quid absurdius est, aut turpius, quam pietatem, fidem, justitiam, & si quæ præterea virtutes humanæ prosint conjunctioni, privata haberi bona; Principem interim, non quo oportet pro publica utilitate, sed quo lubet, grassari sola virium atque armorum fiducia: quæ ipsa non ad flagitiorum, sed legum præsidium atque ornamentum accepit.

Nec vero jam audiendi sunt qui imperii amplitudinem non ab hominum constitutione, sed immortalis Dei munere proficisci, jactant: ac, si qui Principis crudelitate aut perfidia lædantur, Dei quidem cujus injuria sit, judicium esse; humanæ autem partes tenuitatis esse nullas. ut enim demus, imperium Principi Dei beneficio obvenire: quis tamen tanta sit impietate; ut hoc ei a Deo non minus Optimo, quam Maximo ad hominum perniciem, denique ad scelera delegari, arbitretur? quis tanta impudentia; ut negare ausit, Principem, cum Dei auctoritate turpissime abutitur, ex suo delicto æque civibus suis quibus injuria nocuit, ac Deo cujus est mandati fines egressus, obligari ad pœnam? Tametsi imperia, cum Deo deberi dicuntur, non ei alio impurantur sensu, quam leges, quam cætera quæ ab hominibus ratione facta aut sublata, Dei voluntate fieri aut tolli intelliguntur. An umquam fando audivimus, Reges, aut Principes, aut quocumque tandem titulo summi honos Magistratus eminet, primo de cælo demissos esse; non hominum placito & consensu electos? An non res loquitur, unam esse naturalem rationem, illam veram ac divinam, quæ prima hominem homini conjunxit, atque eam societatem, quia sine legibus & imperiis haberi nequit, legibus atque imperiis firmari jussit? quid ni igitur a Deo constitui aut mutari dicantur imperia quæ ab hominibus ad tuendam societatem ratione, id est, divina voluntate, aut constituuntur aut abrogantur.

Utrique, ut hæc aliquanto plenius distinctiusque inde ab origine repetam, rerum illa quæ dicitur Natura, magistratus & subditi, servi & domini appellationes ignorat: tantum homines fecit, omnes liberos, omnes pari conditione. quo enim pertinet, quod per æque suis quemque viribus instruxit? quo pertinet, quod sibi quemque, statim ac natus est, commendavit ita, ut nihil se cuique carius sit? quo pertinet quod suum cuique dedit utilis ac noxii sensum, atque alterum eum sequi, alterum fugere, jussit inevitabili necessitate? nisi quod voluit, quibus pares concessit facultates, paria habere jura in omnibus quæ ad sui conservationem cunctis in medio posuit: cæterorum more animantium: quæ ipsa quoque, quia sibi & conciliantur, & committuntur, libera nasci intelliguntur.

Quamquam Natura cum homini dedit jus sequendi quod ei commodum sit, non ei sceleris potestatem indulsit. quin eum eximia formavit conditione: ac, cum reliqua animantia saltem corporis

viribus utantur, ratione careant, hanc solius esse hominis prærogativam, voluit: ut non tantum corpore, sed etiam animo constaret. quo præsentia advertere, futura non negligere, utraque conferre, breviter diuturnis, minora majoribus commodis postponere, postremo, quid vere utile esset, ab eo quod non esset, cum judicio discernere posset. Atque his tam pulchris animi & corporis facultatibus a Natura ornato quid æque proclive fuit, quam sequi alios sui generis, sive blandiente sexus discrimine, sive rædiorum solitudinis, & spe subsidii ad vitæ commoda ex aliorum commercio egregii ac multiplices, sive denique quod suæ fragilitate conditionis admoneretur, non esse sibi utile, singulos fusosque per agros & silvas vitam tolerare obnoxiam aliis cum animantibus, tum hominibus, qui immodestia aut corporis viribus plus valerent. At neque hic substitit humanæ vis Naturæ: nec contenta fuit, hominem ad hominis societatem mutua iuvitasse utilitate: præterea voluit, ut ea effici conjunctio, ut perdurare, nec facile convelli, aut solvi posset, quotusquisque se esset ad Naturæ legem conformaturus, eam inire viam absque qua esset, conjunctio haberi, aut valere non posset. Et certe, si ratione demonstratur, eum qui extrema vult, velle omnia sine quibus se ad extrema ferre nequit; quid est, cur non summæ conveniat Dei providentiæ; ut, cum utilem ac necessariam homini esse societatem intelligit, atque ei ad id quod ei commodum sit, sua dirigere consilia præcipit, credatur ei imperare, quæ ad contrahendam servandamque humanæ conjunctionis societatem ducere videantur; & prohibere quæ hanc impedire aut destruere intelligantur? Sed fixum ratumque est, Naturæ statum ad libertatem spectare: nec a me impetro, ne addam, procul licentia esse: denique, quisquis humanæ Naturæ legem sequitur, duce ratione, eum habere jus quantum possit, membris bonisque suis uti ad sui atque alterius conservationem: etiam injustam vim, si quæ increpet, a se aliisque arcere; ac, si quæ illata sit, punire: non ut ex pœna habeat injuriæ solatium; sed ut pœnæ exemplo caveat suæ aliorumque securitati. cæterum, ut temere noceat alteri a quo lacessitus non sit, & qui ex iisdem venit seminibus, ejusdem parriceps est rationis, æque boni & mali sensu afficitur, æque ad Naturæ providentiam pertinet, hoc vero abhorre a ratione: quæ voluit, eum jungi aliis quibuscum esse possit; si velit, his esse utilis ac commodus; sin gravis & noxius, non possit.

Atque utinam sanctissimi hujus Naturæ instituti fructum per æque sensissent omnes! profecto potuissent, sicut a Natura facti essent, suo vivere ingenio: nec fuisset causa, qua induci potuissent, ut magis alterius, quam suo, arbitrio regerentur. Nunc aliter consulere eos oportuit: postquam experimentis cognovere, eam vitæ conditionem in qua suo quisque ingenio fertur, nihil pacis, nihil quietis, nihil libertatis habere: quin plenam turbæ, metus, atque injuriæ esse; & ideo tristem, fragilem, ac calamitosam videri: intercedente ambitione atque avaritia, pessimis auctoribus; ne officium suum faceret ratio, intra cujus mensuram salubris temperamentum utilitatis consistere, rerum Natura voluerat. Accedebat, quod sui quisque juris, suæque injuriæ judex vindexque erat. quem enim Natura alteri subjecerat? quis porro in re propria suum cujusque judicium felix aut justum expectet? ita, cum alium error, alium ira, alium avaritia, alium alius affectus abriperet,

riperet, ne verum cerneret, neve in eo modum teneret, ex immodestia lites, rixæ, cædes, vastationesque subsecutæ sunt. In tanto autem, tamque incerto belli strepitu ac tumultu quid potuit cuiquam beaurum, quid optabile accidere? quis suis viribus, quis suæ prudentiæ sic confidere debuit, ut ab aliorum vi vel insidiis omni tempore, omni loco, adversus omnes homines peræque securus esset? igitur si quos cœpit pigere periculorum ac miseriærum: hi cogitantes, quid utilitatis possent junctæ vires, quid juris societas habere, quod conveniebat Naturæ legi sui studiosæ, a vita illa fera atque obnoxia, ad hanc tranquillam ac tutam manibus pedibusque transierunt; communique juris consensu effecerunt, ut qui ante singuli diversique erant, in civile convenirent corpus: in quo sua quisque libertate ita uteretur, ne alienam imminueret; ac si quis secus faceret, ut adversus hunc sua cuique libertas, non ut ante privato jure, sed communibus consiliis atque opibus, servaretur: cum vero intelligerent, quam difficile foret, universos singulis convenire momenti publici privati que juris expediendi gratia; atque interim necesse esse, Naturæ lege vindicari qui per societatem tuti esse non possent; visum quoque fuit, e re omnium esse, publice constitui virum spectatæ & fidei & prudentiæ, qui tuendæ intentus societati, partium desideria sine ira, sine affectu, ex omnium usu & audiret, & componeret, & commune Naturæ jus æqualitatis conservatione exsequeretur, id quoque ut facere posset adversus stultos atque improbos qui civilis vitæ fructum atque utilitatem vel per socordiam non intelligerent, vel per ferociam aspernarentur; placuit, singulos quas a Natura acceperant vires opesque, ei & in eum transferre.

Hæc quo pertinent, AA? nempe, ut probem, non ut humanæ jus conjunctionis, sic Principem Naturæ comparari: sed homines, cum initio liberi essent nati, ipsique suæ judices utilitatis constituti, demum Principem suâ voluntate ac pactione invenisse: & quamvis desinerent inde propriæ vindicæ esse libertatis; nihilque jam velle possent; nisi quod omnibus conducere interpretaretur quem summæ rei præposuerant: hunc tamen non publicæ decoctorem utilitatis, sed custodem rectoremque constituisse; nec ejus se libidini aut insanix, sed tutelæ ac fidei tradidisse. An præsumendum erat, homines mentis sanæ qui in civitatem ac sub imperium coibant, ne per aliorum vim atque injuriam Naturæ beneficia amitterent, eo dementiæ venisse; ut constituta civitate atque imperio, ejus finem everterent; ac Naturæ bona in sui honorem Magistratus projicerent, ita ut exemplo pecudum ratione carentium, deinde non in suum, sed alterius usum fructus ferre, ejusque arbitrio pasci, agi, mulgeri, tonderi, jugulari, deglubi, ac devorari, vellent? Absit. non id ratio, non communis sensus, non lex Naturæ, patiatur. nec vero principatus, aut regnum singulis causa fuit, cur se imperio subicerent; sed ut ejus veneratione suo quisque animo, corpore, fortunis, libere secureque frueretur, publica quam sua judicia maluere. Igitur, si de jure imperii quæritur, defungi possim. intelligitis enim, Magistratum, quisquis est, in suos cives, inque eorum facultates, demum eam accepisse potestatem quam poscat publicæ modus societatis: sine qua longe sua cuique & libertas & securitas foret: ac si publicis privatisque opibus ac viribus ultra uti velit, non pro Principe aut Magistratu agere.

Noode Operum Tomus I.

Mihi sic videtur, AA: sed, si aures vestras fortior præstringit sententia, licet dissentire. nihil enim extorqueo. unum rogo: ut in rem præsentem veniatis, atque ipsi, non dicam animis, sed oculis vestris omnem delati imperii formulam coram consideretis. Ea enim si convenerit; ut, quod justissimum est, omnium salus suprema lex sit: quis dubitet, Principem qui eo subsistit fine, Populi auctoritate uti, atque omni jure, & divino & humano, punire eum, quem liquet negligere legem in quam protuenda omnium salute & libertate omnes naturaliratione, id est, divinæ voluntate, consensere? At si longius egreditur Princeps, & publicis, privatisque Populi viribus opibusque non in ejus usum, sed pro sua libidine, atque ad ejus exitium abutitur: quid verius est, quam privato jure agere sine Populi auctoritate? Nec jam referre quis mihi dicat: utrum palam pactum sit; ut hoc agens Princeps, illo excidat nomine: an ei posita non sit lex commissoria: scilicet, quia jus imperii non aliunde, quam a Populo habet; nec hic ulli nato homini, nisi suo obstringitur consensu. cæterum in Naturæ moratur libertate: qua enim adversus hostem, qualiscumque sit, suis viribus pro sua aliorumque salute ac libertate uti, sive ratio, sive Deus permittere credi debet.

Esto; si Populus Principem certis alligavit legibus. Sed quid, si nulla intervenit pactio, Principe simpliciter constituto? Deus meliora! Atqui non rei indignitas impedit, quo minus imperium, quamvis imprudenter, tamen vel sic deferatur. quin, si quæ fides vetustatis memoriæ, plerumque hoc contigit, rudibus adhuc seculis, ubi Regem non partium studia, sed spectata inter bonos moderatio producebat. Hoc igitur si sit, agitur res publica Principis manu; & liberum habet arbitrium qui nullis includitur finibus: nec tamen patitur humani ratio consilii; ut jus probri, sceleris, ac flagitii, Princeps accepisse eo existimetur: quod de eo bene speravit Populus qui eum, quasi virum bonum, publicæ privatæque utilitatis disceptatorem elegit; nec opus esse putavit, quem tanta, tamque libera ornabat potestate, pactis adstringi ad id quod ultero facturus videbatur. magis Populus, cum non expressis ac disertis verbis ei infrenatam dedit potestatem, tacite pactus videtur; ut quam habet Princeps, non ad suam libidinem, sed ad Naturæ legem componat. An quid æque convenit hominum voluntati quæ tota ad se spectat; quam ne se negligent, neve se perdant? igitur, si ei deservit Princeps, si Populi expectationem implet, ex ea jus habet: sin eum negligit, aut perdit; non sponte Populi, neque jure agit. etsi enim Populus, cum omne suum imperium ei simpliciter tradidit, nec quid palam excepit, creditur, ei hoc optimo tradidisse jure: tamen non plus dedisse existimandus est, quam habebant singuli, cum in societatem coirent. quis autem tum habebat jus sibi aut alii nocendi? nemo unus, tantum poterat unusquisque sibi aliisque cavere. ergo, cum plures in Populum transire juris naturalis fruendi causa; sibi que Principem imposuere; apparet, hoc, nec quid præterea cogitasse.

Ineptus sim, AA, si diutius circa hoc saxum hæream; longius pergendum est, invitante materia. Quid enim? si placuerit, Populi Dominum constitui. Fuit sane, cum huc quoque decurreretur, non integra Populi vo-

Zz 3

lunta-

luntate, sed necessitate coacti, finge, inclinatis rebus, & attrito juventutis flore, de republica desperare; sed urbem, agros, delubra Deum, divina, humanaque omnia in victoris, aut alterius populi ditionem dedere. finge, fame pressum, non habere, unde se exhibeat; nisi sub lege tam dura, quid, si ea sit reipublicæ fortuna; ut, nisi sub unius imperio, eoque libero ac soluto, non facile salva fore videatur? putabitne Dominus, pro sua libidine, stare, aut cadere publicam ac privatam omnium salutem? Video dici, AA, atque allegari, jam pro familia haberi Populum, inque eum esse Domini jus quod ante ejus fuerit in se, ac sua: id voluisse Populum, cum illi concessit infinitam potestatem; nec iniquum esse, teneri pacto cui consensit volens. Sed vicero; si ostendero, & hic se spectasse Populum qui se in alterius ditionem tradidit. Quid, si nec potuit aliter, ut voluerit maxime? An quis ambigit, hanc esse Naturæ legem, ut quisque quod ei utile est, sequatur, ac quod noxium est, evitet? ea vero lege quam Dei providentia ad humani generis salutem jussit, nemo se solvere debet; nec, si velit, potest; in tantum, ut etiam, cum male sibi velit, non id agat, quia malum appetit; sed quia, facta comparatione majoris & minoris mali, in eo quod appetit, majus sibi fingit bonum, quam in eo quod effugit. fac, sibi optare mortem quæ in infeliciū votis esse dicitur: hanc tamen si a Deo precibus paciscitur, non quasi malam sperat; sed quasi vitæ miseræ & calamitosæ profugium. Atque hoc si est; quis dicat, eum qui pacto se obligarit vel ad exitium suum, lege Naturæ teneri? non enim eo perniciem suam intendit, sed bonum quod sub ea latere suspicabatur: hoc vero si non esse intelligat, non consensisse eum liquet: quia quod est, non voluit: quod autem voluit, non est: tenetur denique non errorem suum, id est, perniciem, sed quod ei bonum est, sequi Naturæ lege: cum quod malum est, neque sub deliberationem, neque sub voluntatem, cadere possit. Quod si in privatis pactionibus placet: de publicis quanto justius dicendum est? majoris enim exempli sunt: quippe cum privatæ ad unius aut paucorum, publicæ ad plurimorum salutem spectent, præterea quis nescit, Populi corpus ex singulorum consensu civium contineri? nec patitur ratio; ut quod singulis in se jus non fuerit, verante Natura, universi, constituto corpore, in se accepisse videantur. neque enim id egere qui in publicam coire societatem, ut in ea cessaret naturalis obligatio legis quæ ante singulos tenuit. imo, ut illa usum haberet, ideo societatem contraxerunt singuli. ac si rem putamus; quid est Naturæ lex, præter regulam modumque rationis quam Deus regendis hominum actionibus posuit; siue singuli spatique sint; siue in unum collecti corpus juris fruendi gratia? nisi quis adeo deliret: ut putet, homines esse desuisse qui relicta vita illa agresti & fera, in hanc mitem & cultam concessere, Naturæque jus etiam Magistratibus ac judiciis firmarunt. Sed qualemcumque iis personam fortuna imposuit, homines sunt: quorum actionibus pactionibusque, & privatis, & publicis, suam Natura formam impressit: prorsus, ut qualescumque fiant, non alias valeant, quam si cum prima illa atque æterna Naturæ lege, id est, Divina voluntate, consentiant; quæ cum ad humani generis salutem conservationemque spectet; probatum est, pactum, si ad ejus perditionem pertineat, lege Naturæ improbari.

Atqui sicut privatus se in privatam, sic Populus se in publicam, servitutem dare potest. Hoc ut concedam, AA, nihil ad rem confert. non enim jam quæritur, an eum qui se alteri addixit, servire oporteat, sed an Populus aut privatus qui se in servitutem dedit, idcirco non possit se in libertatem vindicare: quod eum ad quamvis injuriam vel crudelitatem, vel insaniam exponat is cui se subjecit. Sat scio, dices, ad omnem patientiæ legem obligari eum qui se alteri servum fecerit; idque consequens esse servituti dominioque: nam cum pro nullo habeatur servus, cum æque domini sit, ac bos, ac ovis, ac pomum, ac pyrum; quid ni dominus servo pro arbitrio suo æque uti, æque abuti possit, ac bove, ove, aut quacumque alia re quæ ejus sit, quam servet, quam perdat, prout ratio, aut libido eum impellat, nullo coercente? Sed non ita est, o bone! neque tu, si sapias, eis qui sic sentiunt, licet plurimi sint, assentiare. si enim vera servamus rerum nomina; non hoc ratio appellet aut servitutis, aut domini jus: magis insaniam dixerit; quam hominum arrogantia fecit, jus gentium quo ea comparata sunt, ignorat: ac si patiēte, quod postulat rei pondus, utrumque rebus convincam necessariis. Sed primo de servo dicam. Eum non pro nullo habet ratio, non magis quam dominum. Natura enim hominem fecit: fortuna servum, atque eum non uniusmodi. alium bello victum vinculis aut armis coercet, alium pacto permittit. cum illo quem vincula ligant, aut arma inhibent, manet jus belli nullo sublatum pacto. neuter enim alteri credit; atque ea vinciendi alterum causa; denique nec hic domino, nec dominus ei ulla tenetur conventionē. par utriusque jus est; uterque in Naturæ statu, sui juris, suæque injuriæ & judex & vindex: ita dominus si compeditum coercere, aut occidere vult, belli jure utitur; etsi, ut is vicissim possit se adversus hostem vel fugam, vel bello tueri gentium jure. Quod si non vi, sed fide, constat servitus; siue quod servus dominum ultro eligit cui se vendat, quia se exhibere ipse nequit; siue quod victor armis victo parcat; ea lege, ut sibi serviat: non ad solius domini utilitatem spectat servitus; etiam servo prodest; quia, quod pacti proprium est, uterque se respexit, cum in pactionem consensit; alter vitam redemit damno operarum; alter vitam indulgit, ut operas haberet. non igitur unius utilitatem ea continet pactio; sed utriusque: atque ut servus domino ad servitutem, ita dominus servo ad vitæ præstationem gentium jure obligatur. quod si non faciat dominus; sed tam crudeliter servum habeat torqueatque; ut ei vita supplicium sit, mors solatium; pacto liberatus est servus: quia obligavit se non ad malum, sed ad bonum: ad Naturæ autem statum reversus, potest se aut fugam, aut etiam hostis cæde servare. Satis de servitute dixi.

Ad dominium venio: in quo similis error, an stupor. neque enim ejus fructus fuerit, rem perdere. Non ibo longe: vel rationem specta quæ dominia distinxit. Quid ea? an suum cuique dedit, ut sua profunderet dominus? minime. voluit, quod Natura omnibus in commune posuit, hoc ut quisque sine lite & rixa pro arbitrato suo ad sui conservationem uteretur. igitur si dominus temere jactet aut laceret rem sui juris: viderit. homini enim sapienti & Naturæ legem sequenti, non lautus aut magnificus, sed stultus aut nequam videbitur. an quid absurdius, aut turpius est; quam aliquem rem suam esse petere: quod dicit,

dicat, eam naturali ratione suam factam esse: & cum tenet, habet, possidet; eam, ne sibi ului sit, utere, profundere, aut corrumpere? Nec id tantum ratione, etiam Civili Jure intelligitur. quid enim voluit Lex Duodecim Tabularum, cum pupillum tutoris, furiosum curatoris potestati subjecit? quid Latoria, cum prodigum qui impenſaram neque modum, neque rationem habet, tamquam si furiosus sit, per Pratorem omni privatum jure ad agnatos remittit? quid D. Marcus, juris religiosissimus Princeps, cum inspecto lubricæ ætatis ingenio, primus statuit, ut deinceps omnes adolescentes curatores acciperent, non redditis causis; cum ante ex Lege Latoria tantum propter lasciviam, vel propter dementiam, darentur? nisi quod e re publica esse appareret; ne res suæ committerentur eis qui per ætatem, per furorem, aut luxuriam eas non exercituri, sed perdituri essent.

Nec tamen me fugit, AA, quod dominus in servum etiam Civili Jure habuit vitæ & necis potestatem. At non quod lex eum abuti ea vellet: sed quod servilis improbitas & contumacia egeret disciplina: nec ea rectius ulli credi videretur, quam domino; cujus intererat, eum & corrigi, & servari. Quomodo patris quoque conditionem lex sacra vit, data ei in filium vitæ & necis potestate: non quod vellet, filium generari, ut esset quem perderet pater: sed quod filii educatio res alex plena haberetur, erat præterea filio utile, regi fretum juventutis nec periculum erat, ne durior esset pater, quam oporteret; magis metui poterat, ne lenior foret. cæterum, cum intelligeretur, & patrem, & dominum suo abuti jure; ac potestatem non pietate, quod lex volebat, sed atrocitate æstimare: placuit, constitui aliquem: qui, ut de liberis nihil dicam, etiam de servorum querelis cognosceret: ac si intolerabilis videretur sævitia, injuria, aut infamia; dominum coheret, servum bonis conditionibus vendere. Quid? quod visum D. Pio, dominum qui servum suum sine causa interimeret, perinde lege Cornelia teneri, ac si alienum servum occidisset. Atque hoc si in privata servitute placuit, movente ratione; quid ni in publica obtineat?

Volui hic dicendi finem facere: peroratam enim existimabam causam. sed, ecce, novæ ab eruditissimis hominibus turbæ: qui legibus solum esse Principem vel simpliciter constitutum; ne quid de domino dicatur, adeo exploratum esse Romani Principis exemplo, opinantur: ut, ne Dion Cassius ad testimonium vocetur, etiam Juris Civilis auctoritate censeatur. An quem nescire, Domitium Ulpianum, doctum ac gravem virum, lib. 13. *Ad Legem Juliam & Papiam*, ita scribere, 1. *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipsi habent*? Ergo tandem Romanæ lex reipublicæ, ergo jus civile ad partes venit? Ego vero non auctoritatem, sed rationem exspectabam. cum enim de jure Imperii disputamus, non lex hujus minoris civitatis quæstioni est; sed illius majoris quæ cum sole fines meretur. Si tamen cui placet, ad civile jus provocare, etsi initio nolui, etiam huc me demittam. neque enim puto, hoc egisse Ulpianum; ut sanctissimam Artem quam ingenio ac doctrina sua caste atque integre adjuvabat ad hominum commodum, tam falsa, tamque fœda adulatione ad eorum exitium corrumpere.

1. l. 3. D. de legibus.

Nisi ait, Principem esse legibus solutum. Utrum tamen civilibus, an naturalibus? Nihil, inquires, excipit. Sed veræ & primæ legi non magis derogari quid, quam ipsa tota tolli potest: nec vero Senatus decreto, aut Populi lege, ea solvi possumus: quin Dei providentia constituta, æterna, constans, a que immutabilis, omnia tempora, omnes gentes, omnesque homines complectitur. Sit ita; teneatur Deo Princeps Naturæ lege at non a suis civibus ad ejus observationem cogetur; vereque dicetur solutus legibus, quas eum etsi servare deceat, tamen per cives suos non oporteat. Itane? tu licentiam facis eandem juri? tu Neronem, quod non timeat leges, venenum Britannico patri jure coquere velocissimum, ac præsentaneum, existimas? igitur & latronem dicas, cum sua calliditate, aut robore se pœnis eximat, aliorum bonis aut vitæ jure insidiari. Sed hæc nollem dicta. ad impietatem enim accedunt. Nec tamen ignoro, eam esse publici juris rationem; ut non, quidquid legibus licet, honestum sit; nec quidquid honestum est, juris necessitatem habeat. Verum hæc distinctio plebejæ consulit vilitati; neque interim ejus nequitiam, improbitatem, dolum a scelere ac flagitio, sed imperitiam, rusticitatem, socordiam a virtutis ac sapientiæ perfectione absolvit. cæterum, ad eos qui se sapientes aut bonos viros profitentur, non pertinet; multoque minus ad Principem adscendit: quem dignitatis excellentia eo posuit in loco, ut eum, non dicam, nihil improbum ac flagitiosum, sed nihil, nisi honestum, nisi egregium, nisi eo dignum sibi licere, putare oporteat. cum enim Dei vice sit naturalis custos legis, arbiterque utilitatis illius modestæ, sobriæ, ac salubris qua honestas censeatur; qua fronte dicet, se facere posse quæ ab honestate, id est, vera utilitate, removentur? Sed salva res est: siquidem ipse Ulpianus, is de cuius sententia quaeritur, 1. *Quotiens (inquit) aliquid in publico fieri permittitur, ita oportere permitti, ut sine injuria cujusquam fiat: & ita solere Principem, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere*. Idem alibi refert 2. *Si Imperator sit a patre heres institutus, sapissime rescriptum esse, posse inofficiosum testamentum dici*. Igitur ostendi, Principem æque, ac cæteros Naturæ legibus teneri ex Ulpiani sententia.

Quid, si ausim, & civilibus eum obligare? ain? tu? nihil facilius demonstratu est. nam de Falcidia constat ex Hadriani, & Alexandri Rescriptis; etiam alibi legis Imperii, quæ alio nomine Regia appellatur, idem meminit Alexander 4: eaque solum Juris solemnibus esse Principem, ut quidem mihi videtur, inutilia melioribus jure imperii mutaturum: alioquin civem haberi; & quoad vitæ ministeria, legum solemnibus, reliquorum more, teneri, alione spectat? cum, *Ex imperfecto*, inquit, *testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe constitutum est*. & cautatur: *Licet enim Lex Imperii solemnibus juris Imperatorem solverit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere*? Sed & Impp. Theodosius & Valentinianus ad Volusium P. P. ita rescrip-

Z z 4

fere,

1 l. 2. §. 10. D. Ne quid in public. loc.

2 l. 8. §. 2. D. de inoffic. testam.

3 l. 4. C. Ad legem Falcidiam.

4 l. 3. C. de testamentis.

lere, ¹ *Digna vox est maiestate regnantis, legibus al-*
ligatum se Principem profiteri. Adeo de auctoritate
juris nostra pendet auctoritas. Et revera majus impe-
rio est, submittere legibus Principatum. Et oraculo
presentis edicti, quod nobis licere non patimur, indica-
mus. Opportune, feruntur enim civiles leges ad
 communis commodum civitatis: nec aliter pos-
 sunt ferri: neque enim aliud vult jus civile, quam
 quod quisque Populus suæ conducere civitati ar-
 bitratur: atque hujus commodi moderator & re-
 ctor est Princeps. nonne igitur cui credita est pu-
 blicæ tutela utilitatis, ipse civilibus teneatur legi-
 bus quas reipublicæ utiles esse intelligit? Atqui est
 Princeps. Licet, addas, suorum caput, aut, si ma-
 vis, mens civium, sed non ideo definit esse pars ci-
 vilis corporis. quid ni igitur terminentur ejus acti-
 ones civitatis utilitate, qua omnium actiones civi-
 um finiuntur? Utrique sic Veteribus visum fuisse,
 Tacitus auctor est ², cum de Claudii & Agrippi-
 næ nuptiis quæ tum incestæ civili habebantur jure,
 in hunc differit modum. *C. Pompejo, Q. Verennio.*
Coss. pactum inter Claudium & Agrippinam matrimo-
nium, jam fama, jam amore illicito firmabatur, nec dum
celebrare solennia nuptiarum audebant, nullo exemplo
deductæ in domum patris fratris filie. Quin & ince-
stum, ac si sperneretur, ne in malum publicum erumpe-
ret, metuebatur. Nec ante omiſſa cunctatio, quam Vi-
tellius suis artibus id perpetrandum sumpsit. Per-
cunctatusque Casarem, an jussis populi, an auctoritati
Senatus cederet? Ubi ille unum se civium, & consensui
imparem respondit, opperiri intra palatium jubet. Ha-
tænus Tacitus.

Adhuc tamen scribit Ulpianus, Principem legi-
 bus solutum esse. Memini: sed, quando, & qua
 lege, quæro? Sub Augusto, inquis, lege Regia: id
 est, illa qua Populus Romanus ei & in eum omne
 suum imperium & potestatem contulisse dicitur.
 Verum scire te velim, quisquis es, quæ plerique om-
 nes post Augustum insecuti Principes, fere uno ac-
 ceperunt sive Senatusconsulto, sive lege, quam Ve-
 teres Jurisconsulti deinde *Regiam* vel *Imperii* ap-
 pellarunt, ea Augustum neque sub eo nomine, ne-
 que una lege, unove Senatusconsulto, sed paulatim,
 & plurium intervallo temporum, diversisque legi-
 bus ac Senatusconsultis accepisse. Quid frontem
 contrahis? si seriem vitæ Augusti, si omnes ejus
 consulatus eo ordine quo a Dione Cassio enarran-
 tur, aliqua cum cura recensbis; nihil verius esse
 intelliges; possemque id pluribus confirmare: nisi
 occupasset Vir Summus, quem honoris causa appel-
 lo, Johannes Fredericus Gronovius ³, & hujus A-
 cademiæ, & totius literati orbis ingens atque im-
 mortale decus. Unum tantum addam, neque a Cla-
 rissimo illo Viro, neque ab aliis traditum, quod
 quaecumque fuerit Senatusconsultum, quod Au-
 gustum legibus solvit; non illo delatum ei impe-
 rium fuit. Nam hoc (si Dioni fides ¹) ei contigit
 septimo ejus consulatu: cum per Senatum demum
 legibus solutum esse consulatu ejus decimo; idem
 scribat Dion. ² Sed neque tum omnibus solutus
 est legibus, verum una, & quidem Cincia: etsi
 Dion latiore, quam debuit, sermone utatur. Hoc
 vero ut audeam dicere, ipse me movet Dion. cum
 enim refert causam quæ Senatui fuerit eum solven-
 di legibus, eam petit a munere quod Augustus

Populo viritum promiserat, sed per leges se non
 posse solvere, nisi consentiente Senatu, simula-
 bat. Id igitur ut facere posset Augustus adversus
 modum lege Cincia definitum, ait Dion, Sena-
 tum legibus eum solvisse: ea autem formula cum
 una intelligeretur lex Cincia, usitata loquendi ra-
 tione, Dion, homo Græcus, imperite, an per
 adulationem, certe perperam, eum omnibus so-
 lutum esse, interpretatus est. Non sum ignarus, AA,
 fore quibus paulo & audacior, & durior videri
 possim: quia ausus sum in re vetere, ac Romana
 cum Dione, id est, Consule Romano, & hoc
 claro Romanarum rerum scriptore consistere. Ego
 vero malui, cum Dione, quam cum veritate com-
 mitti: fuisse enim Senatum illa quam dixi, usum
 formula, cum Augustum lege Cincia solvit, ipse fa-
 tetur Dion ³. atque ea Veteres non omne divinum
 humanumque jus, sed unam intellexisse legem qua
 de ageretur, paulo post ostendam. Accedit, quod
 cum id factum esset, Augusto decimum Consule,
 id est, A. V. C. 740. deinde sequente anno, id
 est, undecimo ejus consulatu, adhuc ejus honori
 dedit Senatus, si Dioni credimus ⁴, ut ei perpetuam
 deferret Tribunitiam potestatem; atque ut, quo-
 ties haberetur Senatus, ei, etsi nullum gereret
 consulatum, de quibuscumque rebus relationem
 indulgeret. amplius voluit; ne Augustus Pro-
 consulare imperium ingressu Romæ depo-
 neret? neve ejus renovatione, post Urbis ingres-
 sum, egeret. Postremo censuit; ut in provinciis
 ei potestas major, quam earum Præfectis, esset.
 Hisce vero rebus nonne clare indicatur, eum sol-
 vi aliquibus publici juris legibus quibus ante solu-
 tus non erat? Et qui igitur potest Dion dicere,
 eum jam priore consulatu omnibus solutum esse?
 Ne addam nunc, quod rursus Dion, refert,
 C. Sentio, & Q. Lucretio, Coss. id est, A.
 V. C. 735, esse Augusto inter alia permissum, ut
 omnia suo emendaret arbitrio; ac leges quas vel-
 let, ferret; iisque Augustarum nomen impone-
 ret. Nam vel inde intelligitur, eum antea nondum
 habuisse jus contra leges faciendi. Mihi & hoc
 visum notatu dignum; quod Dion ¹, cum Cali-
 gulæ principatum exponit, ait illi necesse fuisse,
 ne lege Julia & Papia illa caducaria teneretur, ea
 per Senatum solvi. quo opus fuisse quis sanus di-
 cat, si ea jam ante solutus & Augustus & Tiberius
 fuisset?

Sed quidquid dicat Dion, quidquid ex eo alii;
 apparet, legibus solutum fuisse Augustum, non
 omnibus, sed quibus Senatus eum nominatim
 solvit; cæteris æque, atque alios cives, obligatum
 fuisse. Ac quod de Augusto jus fuit, idem fuit in
 omnibus qui eum insecuti sunt Principes. quid e-
 nim his datum, nisi imperium, atque Augusti
 exemplo? præterquam quod his in principatus in-
 gressu uno concessa sunt Senatusconsulto aut lege,
 quæ Augustus non uno tempore, nec una lege, aut
 Senatusconsulto, sed diversis temporibus, & legi-
 bus, aut Senatusconsultis accepit. Non exspecto, ut
 mihi credatis, AA; sed sine dubio credetis legi Re-
 giæ qua delatum Vespasiano imperium est. non e-
 nim possit quod aut certius, aut melius adferri testi-
 monium. Ejus vero legis cujus fragmentum Romæ
 in Lateranensi exstat Basilica, verbæ quæ ad
 rem

¹ l. 4. C. de legibus. ² lib. XII. Annal. c. 5.
³ Orat. de Lege Regia.

¹ lib. 53. pag. 569.

² eod. lib. p. 590.

³ d. lib. 53. p. 590. & 582.

⁴ d. lib. p. 594.

⁵ lib. 54. p. 604.

¹ l. 59 p. 747.

DISSERTATIO TERTIA DE
rem pertineant, hæc sunt. 2. UTIQUE.
QUIBUS. LEGIBUS. PLEBEIV. SCITIS.
SCRIPTUM. FUT. NE. DIVUS. AUG.
TIBERIUSVE. JULIUS. CÆSAR. AUG.
TIBERIUSQUE. CLAUDIUS. CÆSAR.
AUG. GERMANICUS. TENERENTUR.
IIS. LEGIBUS. PLEBISQUE. SCITIS. IMP.
CÆSAR. VESPASIANUS. SOLUTUS. SIT.
QUÆQUE. EX. QUAQUE. LEGE. ROGA-
TIONE. DIVUM. AUG. TIBERIUMVE.
JULIUM. CÆSAREM. AUG. TIBERIUM-
VE. CLAUDIUM. CÆSAREM. AUG. GER-
MANICUM. FACERE. OPORTUIT. EA.
OMNIA. IMP. CÆSARI. VESPASIANO.
FACERE. LICEAT. Huc usque lex Regia: vult
autem, ut quibus legibus plebisve scitis scriptum
fuit, ne Augustus, cæterique tenerentur Principes,
his legibus plebisque scitis solutus esset Imp. Ve-
spasianus. Ecquis igitur adhuc dubitat, Principem
lege Regia solvi legibus non omnibus; sed quibus
Augustus insecutique Principes nominatim soluti
fuere.

Plura non addo, AA: nec enim opus est; & vos
desideratis, tandem ostendi, quid sibi velit Ulpia-
nus; cum, *Princeps*, inquit, *legibus solutus est*. Habeo
autem mihi persuasum, inter leges quibus solutus
est Augustus, non fuisse legem Juliam & Papiam:
eique rei hoc ponam argumentum certum ac cla-
rum; quod auctor est Dion Cassius¹, fuisse Ca-
ligulæ, ne lege Julia & Papia teneretur, necesse ea
per Senatum solvi. quo nil opus fuisse, supra mo-
nui; si jam ante solutus ea fuisset Augustus & Ti-
berius. Atque hoc si est; nescio, an pateat via ad
verum Ulpiani sensum. aut enim me fugit ratio,
aut, cum Principem legibus solutum esse ait, tan-
tum significat, Principem habere vacationem a le-
ge Julia & Papia: quia per Senatum ea solutus est,
principe Caligula. Quod dico, AA, viventibus vi-
debitis oculis: modo si observabitis, quod non illa
fuit Ulpiano ratio, legem Regiam exponere, ex ea-
que disputare, quæ & quanta sit Principis potestas:
sed unam interpretari legem Juliam & Papiam;
idque arguere ipsius Inscriptionem Capitis, quæ
non aliquem Ulpiani librum ad legem Regiam
præfert; sed, quod jam doctissimi viderunt homi-
nes, Ulpiani librum¹³. *Ad Legem Juliam & Pa-
pam*; nec de alia, quam illa lege eum cogitasse, de-
nique accipi oportere, indigitat. Atque hoc se-
quentibus quoque Ulpiani verbis intelligitur, *Aug-
usta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen
eadem illi privilegia tribuunt quæ ipsi habent*. Quid
enim significant? nisi quod Augusta quidem Sena-
tusconsulto non est soluta lege Julia & Papia; sed
nihilominus Principes ei eandem dedere immuni-
tatem quam ipsi ab ea habent. Exposui, AA, quæ
ad Ulpiani interpretationem pertineant. Sentio,
unum restare quod offendat: nisi & ei remedium
ponam. Nempe, non ait Ulpianus, Principem lege
solutum esse; sed esse legibus solutum. videtur igi-
tur indicare, eum non una, sed pluribus, vel om-
nibus, legibus solutum esse. atque ea molesta vobis
locutio est: fuisse & Dioni Cassio gravem, supra su-
spicatus sum. Sed ne esse debeat, in causa est Latini
usus sermonis, qui quanti sit pergentibus ad Ro-
manarum legum cognitionem, vel hoc exemplo di-
scite. patitur enim is sermo, ut legibus solvi dica-
tur, etiam qui una solvitur. Eo sensu Cæsar, apud

JURE SUMMI IMPERII &c. 549

Suetonium, ¹ ambiisse dicitur, ut *legibus solvere-
tur*: pro ambiisse, ut solveretur lege quæ vetabatur,
Urbem, nisi cum triumpharet, cum imperio ingre-
di. Cicero quoque, ² *Cur, inquit, M. Brutus, te re-
ferente legibus est solutus, si ab urbe plus, quam decem
dies abfuisse*. Et de Pompejo, ³ *Quid tam singula-
re, quam ut ex Senatusconsulto legibus solutus, Consul
ante fieret, quam ullum alium Magistratum per leges
capere licuisset*. Possem plura adferre exempla, ⁴
quibus eam loquendi rationem ostenderem. sed
liquet: simul, immanem illam potestatem quam
Principi adscribere creditur Ulpianus, ejus auctori-
tate minime probari. Ite igitur, AA, ite, & summis
imperiis, si Diis placet, liberam & solutam omni-
bus legibus vindicate potestatem. Ite, & pro ad-
struenda sententia tam atroce, tam crudeli, tam in-
humana exemplo Romani Principis utamini: nisi
legibus omnibus, & naturalibus, & civilibus, tan-
tum paucis ex publico privatoque jure exceptis, ad-
strictum fuisse, ex supra dictis apparet.

At enim lege Regia effectum est, ne cui rationem
reddat Princeps; verum ut imperium exerceat non
ex legibus modo, sed in leges quoque. Ita est; &
clare Ulpianus, ¹ *Quod Principi placet, legis vigo-
rem habet*: rationem quoque addit, earatio est, quod
lege Regia qua de ejus imperio lata est, *populus ei & in
eum omne suum imperium & potestatem conferat*. Sed
non ego me argumento tam levi, ac male cohæren-
te, sinam dejici de gradu quem semel cepi. Quin
pudet me doctorum hominum qui eo se a Natu-
ræ lege ad sententiam tam insulsam duci passi sunt.
quod enim ajunt, hanc esse Principis conditionem,
ne cum republica calculum ponat, non nego: quod
imperium in leges exercere, agnosco: quod ejus
placita pro legibus observari; denique, populum ei
& in eum omne suum imperium ac potestatem
contulisse, concedo. Sed quid postea? idne ei per-
mittit facultatem omnia turbandi? an faciendi
quod ad publici privati que juris exitium procedat?
Ne credite, AA: nihil horum cogitavit Populus
Romanus: ne Ulpianus quidem. hic tantum vo-
luit ostendere, quomodo acceperit Princeps con-
dendi juris potestatem; sive quid rescribat, sive de-
cernat, sive edicat. cæterum relinquit eum sub lege
illa prima & optima quæ communi omnium saluti
prospexit; neque ulla hominum lege aut pacto im-
minui, tolli vel potest. Quis autem fuerit Populi
Romani animus; cum Principibus derulit impe-
rium, Ammianus ostendit²; qui ubi de Imperii
mutatione scribit; ait, quod Romana respublica, ad
senium vergens, & ad tranquilliora vitæ disce-
dens, non ut nequam aut desipiens, sed velut fru-
gi parens, & prudens, & dives, *Cæsaribus tamquam li-
beris suis regenda patrimonii jura permisit*. Sic Am-
mianus: idemque Lactantius: nisi aliud egit³,
cum ferociam ac superbiam Maximiani Junioris,
Persarum Regis Tyrannidem in Orbe Romano i-
mitantis, sequentem castigat severitate, *Post devictos
Persas, quorum hic ritus, hic mos est, ut Re-
gibus*

¹ Julio c. 18. ² Philippi c. 1. c. 19.

³ pro Lege Manilia, c. 21.

⁴ ex Alconio Pediano, *Argumento in Orationem Cicero-
nis, Pro C. Cornelio*.

¹ l. 1. D. de Constitutionibus Principum: explicata a me
lib. 1. Observ. c. 3.

² lib. 14. c. 16.

³ De Mortibus Persecutorum, c. 21.

² apud Gruterum, Corpor. Inscript. p. 242.

³ lib. 59 p. 747.

gibus suis in servitutem se addicant, & Reges populo suo tanquam familia utantur, hunc morem nefarius homo in Romanam terram voluit inducere, quem ex illo tempore victoria sine pudore laudabat. Verum mitto testimonia; etsi iusta & vera. Quod intendo, ipsis demonstrabo Regiæ legis verbis quibus delati forma Principatus intelligitur; denique, cujus sententiam Ulpianus non legis, sed suis verbis expressit: prorsus, ut argumentum si quod ex his fiat a consequentia, in primis tam absurda, amplius contratenorem legis Regiæ, ac præter ipsius mentem Ulpiani, nisi ab imperito, aut perverso, ac malo homine, probari non possit. Sunt autem ex superiore Lateranensis Basilicæ Fragmento hæc, UTIQUE. QUÆCUNQUE. EX. USU. REIPUBLICÆ. MAJESTATE. DIVINARUM. HUMANARUM. PUBLICARUM. PRIVATARUM. QUE. RERUM. ESSE. CENSEBIT. EL. AGERE. FACERE. JUS. POTESTASQUE. SIT. ITA. UTI. DIVO. AUG. TIBERIO. QUE. JULIO. CÆSARI. AUG. TIBERIO. QUE. CLAUDIO. CÆSARI. AUG. GERMANICO. FUIT. Quid hic Populus? permittit Vespasiano, Augusti exemplo, potestatem amplam & liberam. Quo consilio? non alio, quam quo suo quisque procuratori liberam rerum administrationem mandat. is vero numquam creditur, ea formula ei dare jus eas perdendi, sed administrandi plena quidem potestate, at ex fide bona. Hoc in privato procuratore & jus & ratio definit¹. atque idem in publico, id est, Principe, Populus agit, non enim omnia ejus licentiæ permittit, neque ei dat potestatem immoderatam atque infinitam: sed quæ usu reipublicæ, & majestate divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum terminetur. Quid multa? Populus eum ponit legem vivam atque animatam quæ ad qualescumque rerum opportunitates se accommodet: cum leges scriptæ semper uno loquantur ore, atque etiam, ubi accuratissime describuntur, omnia quæ aliquando emeritura sint in tot humanis casibus, non definiant. Taceo, quæ pro tempore utilia sunt, pro tempore noxia fieri. an quis nescit, reipublicæ usus non semper pares atque eosdem esse? alios bellum, alios pacem desiderare? alios temporibus duris atque asperis, alios mollibus & felicibus convenire? in ea rerum varietate atque incertitudine etsi aliquod Magistratum, præcipuum tamen Populi arbitrium fuit, libera republica. atque is neque semper conveniebat, & cum conveniret, sua tardius expediebat, quam sæpe utilitas pateretur. tot difficultates, tot impedimenta, tot moras inveniebant factiones sordesque; tot causæ a singulis non ab eadem parte, neque eodem modo inspectæ. Igitur constituto Principe, creditum est, convenire egregio publico, ejus imperium non Prætoris aut Consulis jure finire, sed liberum ac summum esse. quamquam non, ut pro libidine sua haberet jus leges justas atque utiles mutandi tollendive; sed quod Populo licuit in comitiis, hoc ut Principi liceret, leges duras, aut inutiles, mitibus atque utilibus inflectere aut mutare; ac, si quis appareat casus novus atque improvisus, etiam ei, pro copia ac sapientia, remedium dare. Quod quid aliud est, quam eum lege Regia omnem Populi potestatem accipere? quid aliud, quam imperium habere summum, denique in leges; sed quod nihilo minus publica utilitate, atque, ut lex Regia

1. l. 60. §. 4. D. Mandati.

loquitur, majestate divinarum, humanarum, publicarum privatarumque rerum circumscribitur?

Nectamen eo inficias, AA, sæpius solutos effrenatosque egisse Principes; nec, quid facerent, aut negligerent, quidquam pensi habuisse. quin horreo, cum flagitiorum exempla cogito: ac miseret me principis orbis terrarum Populi qui ea a suis civibus tam indigne pati coactus est. Proponite vobis Tiberium, vel, si mavultis, Caligulam, Neronem, Vitellium, Domitianum, Commodum, similesque illos Augustos, illos Patres Patriæ, illos Pios, Felices, scilicet, & si quæ alia fausta nomina adulatio invenit. quisquamne negabit, totos, quanti quanti fuere, nil nisi superbiam, calumnias, rapinas, stupra, incestus, adulteria, parricidia, latrocinia, carnificinas, pestes, denique furores, ac feritates, non jam humanas, sed belluinas fuisse, omnes Aeternæ Urbis, provinciarumque questus, atque etiam detestationes, immane quantum superantes? ea monstra, non enim homines dixerim qui hominem exuerint, cum Senatum veneno tollere, cum Urbem incendere, atque in eam feras immittere, destinarent, cum unam totius Populi cervicem esse optarent, quæ uno ictu præcidi posset, cum hoc agerent, ne quis quidquam haberet, cum omnibus claris & bonis viris exitio certo, sicariis, veneficis, delatoribus, mimis, histrionibus, aurigis, gladiatoribus, omnibus denique impuris, improbis, ac nefariis luxuria ac crudelitate sua commodo essent, quis dicat, pro Principibus vi legis Regiæ egisse, quibus obsequi divino & humano jure fas esset? ac non potius pro Tyrannis cum quibus nulla cuiquam humani aut divini juris societas est: omnibus jus belli est sanctissima & justissima Naturæ lege? Atque ea usus Senatus; cum Neronem hostem judicavit, cum quæri jussit, ut esset quem puniret majorum more, inserta furcæ cervicæ, & corpore virgis ad necem cæso: similique severitate in tam frequente, tamque incredibili Imperatorum furore sæpius egisset: nisi se præsidiiis adversus publicæ vigorem disciplinæ secessissent, suorumque impunitatem flagitiorum non ab Imperii lege, sed a vi atque armis impetrassent. Utique, ut Domitiani tituli ubique eraderentur, ac memoria aboleretur, Senatus decrevit: & Commodi corpus ut unco traheretur, atque in Tiberim mitteretur, & Senatus & Populus postulavit: magno indicio, talibus invitum paruisse; atque ubi habuit se ulciscendi occasionem, quo jure, quoque animo fuerit, ostendisse. Neque enim semper convelli illa moles in tantis fortunæ viribus potuit; & ideo tolerare scelera quibus resisti non posset, prudentiæ fuit. sicut imbrem, & frigus, & alia naturæ incommoda, ferimus, ubi non licet aliter. Sed ut iidem remedia, si quæ in mundo sint, non adspernamur Naturæ jure: sic quo minus Populus suas vires, si quas habeat, adversus Tyrannum intendat, ratio non impedit.

Apage, inquires, doctrinam qua imperii reverentia profanatur, qua humanæ vinculum conjunctionis solvitur. Quid? nonne vitia erunt, ubi homines erunt, maxime in aulis; ac, si non erunt, adhuc credentur esse, proclivibus hominibus, de Magistratibus ac Principibus male opinari? porro quoties fit, ut optima consilia pessime cadant, atque interim ex eventu de consiliis conjiciatur? adde quod virtutes sunt affines vitiis, parcimonia avaritiæ, liberalitas luxuriæ, severitas crudelitati, mode-

DISSERTATIO TERTIA DE
modestia ignavia; possitque huic scelus dici, quod
illi virtus videatur? Ira, si a vulgi levitate pendeat
imperii sanctitas, nil principatu calamitosius, nil
magis incertum, cogitari potest. sed neque in repu-
blica quid perniciosius, aut minus tolerabile vitæ
secta qua summus Magistratus Populo temere sub-
jicitur. id agite sultis; & pro obsequio turbas, pro
pace bella habebitis, cælum denique terræ miscebi-
tis. Auditis, AA, questum ad speciem gravem at-
que acerbum: sed date rerum simplicitati, ut ejus
momenta justo pendatis examine: sentietis, levem,
vanum, atque inanem esse. Quæso enim, quid
vult? utrum, ne umquam Principem in ordinem
redigat Populus, ne pessimum quidem? atqui illud
ratione naturali, & nobilissimarum Gentium exem-
plis veteribus, ac recentibus, convincitur. an, ne
quid temere agat adversus bonum? hoc vero nihil
promoveret. non enim usum juris reprehendit, sed
abusum: nec oportet haberi malum quo bene uti
licet. alioquin nec Magistratus, sine quibus nulla
est vita, utiles erunt. quis enim nescit, summos,
medios, imos sæpe sibi suisque civibus exitio fuisse?
nec tamen quisquam dixerit, eos esse non oportere,
aut periculosam esse doctrinam qua necessarios in
republica Magistratus Principesque esse probatur,
tantum quod possint esse mali. Quod si in his non
usum tollendum putamus, sed abusum; cur dica-
mus, Principis, si pessimus, si perniciosus sit, coërci-
tionem ideo malam aut injustam esse, quod Popu-
lus ea abuti etiam adversus bonum possit. Sed &
hic periculum Principi quod metuendum est? si,
quod ejus fidei convenit, omnium quietem illius
vigilia custodiat; omnium fortunas, vitam, liberta-
tem illius justitia, ac fortitudo tueatur; omnium
periculis illius prudentia occurrat, omnium mala
atque infortunia illius benignitas soletur: quid
multa? si se non Tyrannum, sed civem, non domi-
num, sed patrem præstet, postremo si hominem se,
& hominibus præesse, arbitretur; quorum virtuti-
bus, atque honoribus, non invideat; quorum copiis,
& artibus lætetur; quorum animi cultum, &
sapientiæ studia inter reipublicæ ornamenta, non
inter malas artes habeat. qui enim fieri potest, ut
qui seculi beatitudinem, atque adeo sua bona intel-
ligant, in Principis tam salutaris, tamquam divini-
tus sibi dati, & amorem, & venerationem non ra-
pianur, atque illo se dignos usu & rebus non præ-
beant? Age vero, si non teneat virtutis viam quæ
est veræ gloriæ; sed malorum optimus sit, & pauco-
rum exitio ejus ferocia consumatur: nec adhuc fa-
cile se eo moverit Populus, ut eum coërcet, etsi me-
rentem: si ingenio humanæ infirmitatis quo tar-
diora sunt remedia, quam mala: si quod facilis
est apud infirmos excusatio ejus, qui & prodesse, &
nocere possit: si denique, quod unius aut pauco-
rum injuria, etiam gravis, quia ad paucorum dolo-
rem pertinet, fere publice negligitur; privatim ve-
ro paucis quibus ob legum defectum jus belli sit
Naturæ lege, magis utile est quiescere, quam inani
ultionis studio majus sibi malum arcessere. Jam si
ea sit Principis atrocitas, ut ad totius Populi, aut
majoris partis læsionem pertingat: & hic quæ,

JURE SUMMI IMPERII &c. 551
quanta, quam multa ei Populus & belli metu, & o-
tii dulcedine non indulgeat? Quamquam, si extre-
ma patiatur crudelitatis aut superbiæ exempla, quis
culpet eum qui consumpta omni patientia, non ea
ignavia sit; ut expectandum sibi putet, donec de
cælo descendat Deus, in humani generis hostem
sua missurus fulmina? imo quis non eum laudet,
quod aliquando se circumspiciat, & a Deo reprimi
putet, qui Naturæ lege, id est, divina voluntate co-
ërcetur? Præstat tamen, aliquam esse rempublicam,
quam nullam: præstat, pacem esse, quam bellum.
Quasi respublica sit in qua leges nomen sunt, judi-
cia jacent, omnia vi aut factione, nihil ratione, nihil
æquo jure decernitur. At paci studendum. An, ut
tu me jugules aut expiles; ego interim digitum non
moveam? Hanc si tu pacem vocas; quid bellum
erit? quin, ut, abstineam bello, ne mihi inferto bel-
lum; ut pacem servem, pacem mihi præsta, non e-
nim civem ab hoste natura ac loco, sed animo, fa-
ctisque distinguo; nec mea interest, si spoliet, si tor-
quear, si discerpar, si denique misere atque injuste
occidar, ac lanier, cujus sævitia fiat, utrum hostis, aut
latronis, an ejus qui se meum civem, aut Principem
ferat. non enim res mutatur; sed nomen: res ea-
dem est: tantum ad augendam sceleris atrocitatem
pertinet, quod ille a quo adversus hostes aut latro-
nes defendi debebam, ipse mihi importunissimus
& crudelissimus hostis aut latro factus est. Adver-
sus hunc igitur si lacertos suos moveat Populus; a-
liquis clamet de pacis commodis, deque belli malis.
tamquam si felicia sint tempora quibus boni per-
eunt, tantum ut Tyrannus cum paucis improbis ac
nefariis sua libidine ac nequitia fruatur tuto secu-
reque: tamquam, si per Populum stet, cum a se &
suis scelera atque injurias arcet, quo minus metuen-
da sint civilis belli mala. Nihil horum. non ea in-
felici Populo qui laceffit, sed Tyranno qui eum
laceffit, malique sua feritate causam dedit, impu-
tanda sunt: & verissime Marcus Antoninus, Prin-
ceps non minus vitæ integritate atque innocentia,
quam sapientia, omnibus seculis commendandus,
cum enumerasset omnes qui occisi essent Imperato-
res, habuisse eos censuit causas quibus mererentur
occi; nec quemquam bonum facile victum vel
occisum; meruisse Neronem, debuisse Caligulam,
Othonem, & Vitellium, nec imperare voluisse qui
non Imperatores repræsentarent, sed belluas.

Sed finio, AA. longius enim progressa est oratio,
quam cogitavi; & vos intelligitis, summum Magi-
stratum, qualiscumque sit in republica, non de cælo
demitti, sed communi civium consensu imponi: ac,
si se Principem aut Magistratum præbere velit, non
legibus solutum, sed alligatum profiteri oportere:
nec suam potestatem sua libidine, sed Populi utili-
tate metiri; cæterum non Principem aut Magistra-
tum agere, sed Tyrannum; atque a suis civibus o-
mni jure, & divino & humano coërceri posse.

Igitur quod superest ago: Regias enim exspe-
ctatis literas quibus in proximum annum mihi suc-
cessor, Magnificus Academiae Rector, dabitur; &
ut vacua sit hæc jurisdictio, quod leges moreque
jubent, meo me Magistratu abdicō.

F I N I S.

I N D E X

RERUM & VERBORUM.

Abolitio quibus & quando concedatur. Pag. 246. add. Transactio de crimine capitali.
 Abortus procuratio apud Romanos impunita erat usque ad Severum & Antoninum. 508 & 509 & 516 cum seq.
 Acceptilatio est conventio Juris Civilis, sed forma in quadam parte mutata, in ea coepit esse Juris Gentium. 7, 437
 Accessio, & additamentum, & que dicuntur de usuris pecuniae, quam fructum. 154
 Accusator non potest impune ab accusatione criminis capitalis desistere propter transactionem. vid. Transactio.
 Actionum divisio modo bipertita, modo tripartita est. 25
 Actionis, quae nulla est Jure civili, & ejus, quae Jure civili valet, sed per exceptionem Jure Praetorio infirmatur, diffinitio. 313. add. Exceptio.
 Actionis editio. vid. Editio.
 Actio confessoria, de dolo, in factum &c. vid. sub suis elementis.
 Haec actio, in hac actione, &c. saepe nullo adjecto dicunt Jurisconsulti, & unde cognoscatur, de qua actione ea accipienda sint. 286
 Actus, pro jure agendi. 42. 454
 Addici dicitur Judex. vid. Judex.
 Addictio in diem. vid. Pacta in continenti adjecta.
 Additamentum. vid. Accessio.
 Adminicula contractuum, quae. 445, 469
 Adoptio speciali concessione Magistratibus competit, nec mandari potest. 108
 Adfessorum, sive Consiliariorum Magistratum munus, & quo sensu Judices & iudicis praesse dicantur. 92. seqq. add. Consilium, & Tribunal.
 Adulterium ante Constantinum M. non capitale erat, etsi interdum extra ordinem a Senatu aut Principe graviore poena, atque etiam morte puniebatur. 248. seqq.
 Adulterio qua lege a Constantino poena gladii statuta sit. 251
 de Adulterio transactio. vid. Transactio.
 Aedificare in flumine publico, littore, vel mari, quatenus liceat. 60
 Aedium & aedificii, item aedium & domus differentia. 271, 361, seq. 365
 Aedium, vel Aedificii usufructus. vid. usufructus.
 Aequitas alia naturalis, alia civilis. 422
 Aethalia insula. 272
 Agere, pro defendere. 445
 Alimenta infirmæ ætati publice præstabantur. 462
 Alimentorum nomine quæ contineantur. 463
 Alimenta annua, vel menstrua relictæ, differunt a legatis annuis, vel mensuis honoris causa relictis. 463
 de Alimentis transactio. vid. Transactio.
 Alluvio, pro Jure alluvionis. 42, 454. pro processu lubito fluminis. 4, 409
 Alluvionis usufructus. vid. Usufructus fundi legatus.
 Alveus a flumine occupatus, ac deinde relictus cujus sit. 3, 409
 Ambulare quomodo accipiendum sit in definitione viæ, & itineris. 6
 Ambulationes subterraneæ ad evitandum æstium. 363

Amicitiae & matrimonii comparatio. 44
 Amphibolia. 127
 Anantapodoton. 474
 Anacostini duæ species, & a quibus prohibita. 196
 Anacostinus anniversarius olim licitus, deinde prohibitus, ratione civili, non Juris gentium. 195
 Anacostinus ante Justinianum etiam rejudicata fieri poterat, & quomodo. 196. non est, si mutetur persona creditoris, exceptis quibusdam casibus. 196. non est, si quis minores usuras stipulatus, his suo die non solutis, stipuletur legitimas. 196
 Ancus, Rex Rom. cur patrem non habuisse dicatur. 29
 Animadversio, & gravior animadversio, pro more imperio. 104
 Annus Rom. vetus x. mensium etiam post Numam in quibusdam rebus servatus fuit. 213
 Antichrescos definitio Jctorum defensiva. 285
 Antichresis recte pignus dicitur. 285. duo significat; rem, quæ in antichresin datur, & conventionem, qua antichresis constituitur. 285. seq. tacita; quæ. 191. sive manifesta, sive tacita, non potest egredi legitimum usurarum modum, si certus sit modus fructuum; secus, si incertus. 192, 193
 Antichrescos & usurae differentia in re nulla est. 192
 Antichresis non tollitur sola oblatione. 227
 ad Antichresin recuperandam debitor, soluta pecunia, habet directam actionem pigneratitiam. 285
 Antichrescos possessione amissa creditor habet actionem hypothecariam adversus quemvis possessorem, non actionem in factum. 286 seq.
 Apes. vid. Legis Aquilæ, terrium caput, & Usufructus fundi.
 Aqua an nomine alimentorum contineatur. 463
 de Aqua Interdictum. vid. Interdictum.
 Aquæ fluentes in cubiculis. vid. Flumina.
 Aquilia Lex. vid. Lex.
 Argentarii negotiatoribus adnumerantur. 201
 Argentariorum Usurae. vid. Usurae conventionis, & Usurarum stipulationis.
 Argentum factum si utendum detur, non mutuum contrahitur, sed commodatum. 287
 Argumenta a contrario, aut consequentia, saepe parum firma sunt in Rescriptis Principum, & fragmentis Jctorum Veterum. 8, 236, 254, 378, 403, 501, seq.
 Assis usura, vid. Usura.
 Aut, & ut, interdum permutantur. 50
 Autem, pro igitur. 52

B.

Beneficii, & officii discrimen. 161, 169
 Bona. neque in bonis, neque extra bona esse, quid sit. 34, 384, & 385, add. Servitus.
 Bonæ fidei, & stricti juris contractuum, & iudiciorum differentia ratione proponendarum exceptionum, potestatis iudicis, usurarum, &c. vid. Contractus.

Aut. Exceptio. Doli mali exceptio. Judex. Metus. Pactum. Usurae.
 Bonæ fidei, & stricti juris iudiciorum differentia non est sublata a Diocletiano & Maximiano. 100
 Bonæ fidei possessor. vid. Possessor.

C.

Ceterum, pro alioqui. 292
 de Calumniatoribus actio in factum in quibus causis locum habeat. 248
 Capitale crimen, capitalis poena, quomodo accipiantur. 242, 251, 300, & 301
 Capitis deminutio interdum triplex statuitur, interdum duplex, & quomodo hoc sit accipiendum. 297, & 298. nulla est sine mutatione status. ibid.
 Capitis deminutione quam amittatur usufructus. vid. Usufructus amittit.
 Carruca quid. 366
 Cavere, pro promittere stipulatione. 226
 Cavere creditori, pro chirographo se obligare; Cautio, pro chirographo. 424
 Causa, vocabulum, saepe omittitur. 302, 329
 Causa, pro vitio, aut morbo. 288
 Causa a lite interdum distinguitur, & quid sit. 427 & 428
 Causæ ordinarii juris, vel cognitionis. vid. Judicia.
 Causæ liberales. v. Liberales.
 Cautio usufructuaria, juratoria, legatorum servandorum. vid. sub suis elementis.
 Censoria, & Praetoria cognitionis discrimen. 314, 510
 Centesima. vid. Usura.
 Centumviri erant in consilio Magistratus pro tribunali cognoscentis, iisque decemviri cum Praetore præerant. 93
 Centumviri, an decemviri ad consilium adhibendi essent, quomodo aestimaretur. 93, 94
 Centumvirorum quadruplex iudicium erat, & quatuor tribunalia, in quibus eodem tempore plures causæ agebantur, eademque in difficultibus causis in unum cohebantur. 94
 Centumvirales causæ. ibid.
 Centumviralem hastam cogere. 93
 Certa nomina, certus homo. 198, 199
 Certaminum publicorum a veteribus institutorum ratio. 128, 129
 ad Certamina publica videntur admissi liberti, maxime Augustales, non servi. 129
 Cessionis in Jure, & traditionis differentia Jure Veteri. 392, & 393, 404. faciendæ forma. 392, 403. cur in Digestis non fiat mentio. 393
 Chirographi traditio. vid. Pactum tacitum.
 Citra, pro sine. 254
 Cives Rom. nec civitates, nec libertatem, nec vitam inviti, mittere poterant, fictione Juris effectum, ut possent, & quomodo. 59
 Civitas Rom. a quo peregrinis data. 384
 Civitas, aut populus, quomodo immortalis esse, vel perire dicatur. 397
 Civitas, vel populo relictus Usufructus. vid. Usufructus.
 Civitatum usurae. v. Usurae.

- Cloacarium, 360
 Cæcus paries, 363
 Cœnacula opponuntur domibus, ædibus, insulis, 366
 per Cœnacula domum dividere quid, ibid.
 Cogere iudicium, vel hastam centumviralem, 93
 Cognitionis res, de quibus ipse Prætor cum consilio cognoscebat, fere erant causæ juris, & de æquo & bono; interdum etiam causæ facti, 87, 88
 Cognitionis ordo quis esset, & ob quas causas ab eo recederetur, 92
 Commendatio non est mandatum, 74
 Commissoria Lex, vid. Pacta adjecta.
 in Commodato quæ culpa præstetur, 11, 62
 Communia, & publica Jure naturæ pro iisdem accipiuntur in tractatu de Rerum divisione, quatenus innoxiam utilitatem habent, 13, 14, 16, 17
 pro Communibus habentur etiam res privaræ singulorum, quæ adferunt alii utilitatem, non gravem, nec damnosam domino, 14
 Communia, sive publica alia sunt omnium hominum Jure Gentium; alia Jure Civili Pop. Rom. vel cujuscumque alterius civitatis, 16
 Communio bonorum inter conjuges & amicos qualis, 44
 Comparativus pro positivo, 259
 Componere & compositio de transactione, 241, 245, 428
 Conditiones interdum concurrunt cum aliis actionibus, 329
 Condictio causa data causa non secuta quando detur ei, qui pecuniam pro re dedit, & ex permutatione, 64, 65. add. Permutatio.
 Conditiones impossibiles, pene impossibiles, & difficiles, quæ sint, 379. seq.
 Conducere pecuniam, pro fœnori accipere, 162
 Confessoria actio unde dicatur, cui, adversus quem, & ad quid, detur, 412, ad. Usufr. vindic.
 Confiteri, pro adfirmare, 412
 Consilium non est mandatum, etiam si specialiter alicui quis suadeat, quod alioqui facturus non fuisset, 74. seq.
 Consilium Magistratus cognoscentis Romæ erant Decemviri litibus judicandis, vel Centumviri: in provinciis Recuperatores, 93, seq.
 Consilium an exercere possit Mandatarius jurisdictionis, 110, 111
 Constitutionum, & Rescriptorum, sive Subscriptionum Principalium differentia, 236, 242, 243, 244. add. Rescriptum.
 Constitutiones duæ, etiam diversorum Principum, interdum in unam conflata in Codice Justin. 252
 Constitutiones Jcutorum, v. Jurisconsulti.
 Constitutum possessorium, vid. Traditio.
 Consuetudo regulæ Juris repugnans, vid. Regula.
 Consulere, pro statuere, decernere, 276
 Contestatio, absolute, pro litis contestatione, 31, 99
 Contineri stipulationi, pro stipulatione, 376
 in Continenti, ex Continenti, quid sit; & quæ pacta in continenti contractibus adjici existimanda sint, 444
 Contractus v. Conventio.
 Contractus varia nomina in Jure, & definitio, 438
 Contractus quidam certi, & nominati sunt, quidam incerti, & innominati; ratio appellationis utrorumque, & discrimen actionum, quas producunt, 437, 439. seqq.
 de Contractus forma, sive natura, sive substantia quæ esse dicantur, 445, 466
 Contractus cum in integrum restitui, res solvi, rescindi, irritus, nullus, aut nullius momenti esse dicitur, supplendum est, utrum Jure civili, an Prætorio id fiat, 332
 in Contractibus bonæ fidei semper id agi intelligitur, ut bona fides præstetur, etsi non sit expressum, 345
 Contractuum bonæ fidei; & stricti juris differentia circa vindicandum dolum malum, & metum; circa exceptiones, & alia, vid. Bonæ fid. contract.
 Conventum, & Conventio, generalia vocabula sunt, & æque late patent ac pactum, & pactio, 423
 Conventiones aliæ sunt publicæ, aliæ privaræ; privaræ rursus Juris gentium vel legitimæ, 434, & 435. publicæ quæ sunt, & cur a conventionibus Juris Gentium distinguantur, ibid.
 Conventiones Juris Gentium etiam peregrinis permittuntur, ut emptio venditio &c. cur ita dicantur, & quomodo distinguantur a legitimis, sive civilibus, 436. seqq. aliquando ita accipiuntur, quasi essent Juris civilis, 437. quædam sunt, quarum obligationes dicuntur civiles; quæ illæ sunt; cur ita dicantur, & quæ inter eas, & conventiones Juris civilis sit differentia, ibid.
 Conventiones Juris Gentium sunt vel nudæ, i.e. quæ tantum conventiones vocantur, vel non nudæ, sive contractus, 438. add. Pactum nudum.
 Conventiones legitimæ dicuntur, quæ propriæ sunt civium Rom. ut nexum, dotis dictio, &c. cur ita dicantur, & quomodo distinguantur a conventionibus Juris Gentium, 436. seqq. usum mutata in quibusdam articulis eorum forma, in his accipi coeperunt, quasi Juris Gentium essent, 437
 Conventiones legitimæ etiam dicuntur, quæ Lege, vel Senatusconsulto, vel Edicto confirmantur, ut ex pacto nascantur, vel tollatur actio, & quæ illæ sint, 451. seqq. add. Pactum nudum.
 Conventio, pro admonitione extrajudiciali testato facta, 216
 Conventus juridici qui, & ordo cognitionum in illis, 91, 92
 Cornelia Lex, v. Lex.
 Creditor an, & quando rei debita fur, aut prædo sit, 51, 52
 Creditores quem, & quibus actionibus convenire possint, transactione facta inter heredem scriptum & legitimum, 32, 474. quem convenire possint, pacto facto inter plures heredes, ut singuli certis creditoribus solvant, 472
 Creditorum quorundam pactum cum communi debitore, vel majoris partis eorum pactum cum herede defuncti, quatenus noceat aliis, 472. add. Pacta creditorum.
 Crimen capitale, vid. Capitale.
 de Criminibus pactio, vel transactio, vid. Pactum. Transactio.
 Crux pœna latronum, 67
 Culleus pœna parricidii, 23
 Culpa lata quæ sit, 27. 290. seqq.
 Culpæ latæ, & doli discrimen; quo sensu culpa lata dicatur dolus esse, ac dolo comparetur; & quando infamet, 27, 28
 quæ Culpa præstetur in pignore; quæ in commodato, 11, & 12, 62, 63, 291
 Cultura & Cura idem sunt; & non factum, sed jus colendi notant, 41, 454
 Custodia & diligentia non semper notant exactissimam; sed modo majorem, modo minorem, pro natura contractuum, 62, 63, seqq.

D.

 D & T facile permutantur, 30
 Dactyliotheecz Veterum, 269, 349
 Dare plus est, quam tradere, & notat translationem dominii Quiritarii, 47
 Dare cum Infinitivo, dedit reverti; dedit accumbere, 347
 De ergastulo, de palæstra, de symphonia, de schola &c., 370
 Decemviri litibus judicandis adsidebant Magistratui pro tribunali cognoscenti, & ipsi quoque Magistratus vocantur, 88, 93
 Decemvirorum judicia non erant propria, nec a prætoria cognitione separata, 94
 Decere etiam dicuntur ea, ad quæ quis tenetur, 262
 Decidere, & Decisio de transactione, 428, 485
 Decreta Juris, vid. Jus.
 Decreta Philosophorum, 306
 Decretum Prætoris quid, 86
 Decretum est pars jurisdictionis, sive mixti imperii, 86, 91
 Decretum duplex erat, vel in specie ita dictum, vel subscriptio: hoc de plano, aliud pro tribunali fiebat, 91
 Decuriones abusive, & per ambitionem dicuntur Senatores, 84
 Decuriones admisso crimine capitali capite puniuntur; sed Præses de pœna damnatorum prius ad Imperatorem scribere debet, 259, 301
 Defectus probationum, vid. Probatio.
 Definitiones Veterum sæpe tantum exemplis constant, 83, 85, 310, 435
 Demolire, 407
 Denunciari pœna, 497
 Deponere, vid. Ponere.
 Deponi solebant pecuniæ in ædibus sacris, 224
 Depositi pecuniæ debita a debitore facta, ibid.
 Deposito adjectum pactum, ne de dolo agatur, aut, ne depositi agatur, dolo nondum admisso, quam vim habeat, 467
 e Deposito quando usuræ peti possint, 469
 Desertores ultro reversi, vel per patrem oblari levius puniuntur, 45
 Dieta quid, 163
 Difficile est, non facile est, formulæ negandi apud Jctos, 326
 Diligentia, vid. Custodia.
 Diminutiva non minuentia significationem, 36
 Directo, i.e. sine novo facto, sine nova conventionem, ipso Jure, 327
 Disputationis Fori ratio ac vis, 139, & 140
 Disputatione Fori sæpe uno in casu aliquid receptum fuit, nec statim potest ad alios similes, nisi superveniente nova auctoritate, 467, 468
 Dissimulatio, vid. Veritas.
 Distinctiones, sive interpunctiones, mutata, 12, 42, 43, 406, & 407, 423, 427
 Divisio ejusdem generis in species modo bipertita, modo tripartita est, 24, 25, 298
 Divisioni bipertitæ sæpe tantum unius speciei exemplum subjicitur, 29
 in Divisione generis interdum species mixtæ præterreuntur; interdum duabus propositis speciebus deinde tertia mixta subjicitur, quasi & ipsa enumerata, cum non sit enumerata, 24, seqq.
 Divi-

Divisionis beneficium. vid. Fidejussor.
 Do ut des, do ut facias. vid. Permutatio.
 & Contractus.
 Dolus quid, & unde dictus. 309
 Bonus, vel malus; quis bonus, & an
 licitus humano jure. ibid.
 Doli mali definitiones expensæ. 310,
 459
 Doli mali distinctio vulgata in dolum
 causam dantem contractui bonæ fidei,
 & in eum incidentem, non nititur au-
 ctoritatem Juris. 99, 311, & 312,
 330. discrimen circa contractus bonæ
 fidei, & stricti juris magis est Juris Ci-
 vilis, quam Centium, 312, & 313
 Dolus malus qualicumque, sive incidens,
 sive causam præbens, in bonæ fidei ju-
 diciis ipso jure civili officio Judicis si-
 ne ulla opera Prætoris corrigitur.
 quod non Legelata, sed disputatione
 Fori inductum est. 313, 314, 315,
 318, & 319
 Dolo malo deceptus in contractu bonæ
 fidei adversus decipientem potest age-
 re actione b. f. eaque a contractu,
 quasi invalido & imperfecto, Judicis
 officio ipso jure discedere. 319, 320.
 potest etiam ita agere actione b. f.
 ut purgetur dolus salvo contractu, v.
 g. ut præstetur, quanto minoris, aut
 pluris emisset, aut vendidisset, si non
 intervenisset dolus. 320. seqq. inter-
 dum etiam potest agere b. f. judicio
 ad id quod sua interest, se deceptum
 non esse. 322
 Dolo malo factus contractus bonæ fidei,
 etsi nullus est, tamen actionem produ-
 cit, & qua ratione. 325, seq.
 Doli mali actio & exceptio quomodo in-
 sint b. f. judiciis. 318, 329. add. Ex-
 ceptiones.
 ob Dolum malum cum dicitur nullus ef-
 se contractus b. f. id non notat, nul-
 lum esse ejus effectum adversus deci-
 pientem, sed exceptionem actionemve
 doli mali inesse b. f. actioni ex eo con-
 tractu. 331
 Doli mali in contractibus b. f. emendan-
 di actio utilis dicitur. 325. actio
 quando, intra quod tempus, & ad quid
 data sit ab Aquilio, & quatenus derur
 in heredem. 312, & 313. actio tempo-
 ralis est, exceptio perpetua, & eur.
 314
 de Dolo actio non datur, nisi aliter res ei,
 ad quem pertineat, salva esse non pos-
 sit. 330
 Dolus malus in contractu bonæ fidei ad-
 missus a tertio, vindicatur actione de
 dolo, non actione b. f. in contractu
 b. f. admissus non impedit traditio-
 nem, translationemque domini per
 eam. 332, & 333
 Doli mali exceptio quando opponenda.
 vid. Exceptio.
 Dolus malus in contractibus stricti juris
 ante Edictum Galli Aquilii nec Civili,
 nec Prætorio Jure vindicabatur, nisi sti-
 pulatio de dolo interposita, vel minor
 circumscriptus fuisset. 313. seq. in iis-
 dem post Edictum Aquilii Jure Præto-
 rio vindicari cœpit vel exceptione do-
 li mali re integra, vel actione de dolo,
 re tradita. 313, & 314
 ad Dominium per traditionem transfe-
 rendum, non semper requiritur causa
 vera, sed sufficit causa, ex qua domi-
 nium transferri solet, etiam si ea tan-
 tum spe, aut opinione tradentium sub-
 sit. 332
 Dominium ususfructus dicitur habere
 fructuarius. 373
 Dominium non continetur nomine U-
 susfructus. 342
 Dominus pro Marito. 347. quis in lege
 Aquilia accipiat. 135. seq.

Domus & Aedium discrimen. vid. Aë-
 des.
 Domus Ususfructus. vid. Ususfr. do-
 mus.
 Donare quando sit perdere. 343
 Donationis, & pollicitationis discrimen.
 215
 Donatio nudo pacto fieri potest, vid. Pa-
 ctum nudum.
 Dotis dictio est conventio Juris Civilis;
 deque ejus solemnibus, & personis,
 quæ dictione dotem possunt promit-
 tere. 436
 Dotis stipulatio. vid. Pactum taci-
 tum.
 Dotis promissio metu expressa. V. Me-
 tus
 Dos nudo pacto promissa. vid. Pactum
 nudum.
 Dos marito promissa constante matri-
 monio ab eo non potest peti actione
 bonæ fidei. 213
 de Dote restituenda pactum, contra quam
 de ea re Legibus definitum est, factum
 non servatur; uti nec pactum, ne dolus
 in dote præstetur. 469, & 470
 Dotis usura. vid. Usura.
 Dubito an, magis adferendi, quam dubi-
 tandi vim habet. 126, 145. add. Ve-
 reor.
 Ducare, Ducarius, Ducator, Ducatus.
 145

E.

Edictum peremptorium plerumque
 post duo, aliquando etiam post tria
 Edicta impetratur. 265
 Edicti perpetui ordo circa materiam de
 Pactis, de Edendo, de in Jus vocando.
 423, 434
 Edictum verus interdum a Juliano in-
 terpolatum in Edicto perpetuo. 466
 Edictum Prætoris Lex dicitur. 452
 Editio actionis pro arbitrio actoris fieri
 poterat ante vocationem in Jus. 422.
 post Editam actionem in Jus vocatus
 statim in Jure apud Prætozem actori
 respondere, & litem contestari cogebatur,
 non ante editam actionem vo-
 catus. ibid.
 Editio actionis ante litem contestatam
 mutari poterat, non post eam, nisi im-
 petrata restitutione in integrum, &
 causa a Prætoze cognita. 96. seq.
 Effundere oculum. 125
 Emancipatio speciali concessione Magi-
 stratibus competit, nec mandari po-
 test. 108
 Emancipatus filius in potestatem patris
 reverti potest per arrogationem. 299
 Emptionis venditionis, & permutationis
 differentia. 65. seq.
 E, dixit dux.
 Enim, Etenim, Etiam sæpe permittuntur.
 316, 396
 E re constituere quid. 71, 440
 Ergasteria pro officinis, vel tabernis mer-
 catorum, negotiatorumve. 201
 Errores magnorum virorum, memoriae
 vitio festinatione, aliave qua causa ad-
 missi. 20, 21, 56
 Errores Veterum non sunt dissimulandi.
 21, 32, 124, 476
 Error, etsi non habeat vim ad alius no-
 cendum, tamen sæpe erranti damnum
 adfert. 404
 Erus, pro herus. 120, 300
 Etenim, vid. Enim.
 Etiam, ibid.
 Etiam, sæpe omittitur. 427
 Eutematica JCorum. 270, 273, 356
 Exceptio, pro pactione; Excipere, pro pa-
 cisci. 73, 445, 453, 459. pro replica-

tionem. 459
 Exceptiones in bonæ fidei judiciis, etiam
 non inclusæ formulæ, post litem con-
 testatam apud Judicem in judicio al-
 legari possunt. 30, 31, 97, 224, 313,
 318, 444. b. f. judiciis inesse, vel con-
 tineri quid sit. 318. quæ b. f. judiciis
 insunt, actiones ipso jure tollunt, & ex-
 ceptionibus opponuntur. 318
 per Exceptionem, & Officio judicis; item
 per Exceptionem tolli, & Exceptio-
 nem judicio inesse, opponuntur. 98
 Exceptiones in stricti juris judiciis no-
 minatim ante litem contestatam a
 Prætoze postulari, & ab eo formulæ in-
 cludi debebant; quod si non esset fa-
 ctum, frustra apud Judicem in judicio
 opponebantur. 30, 97, 224, 313, 318.
 seq. 444. in f. j. judiciis etiam post
 abolicas formulas in initio postulandæ
 sunt. 100
 Exequi, pro accusare. 239
 Exercere rem aliquam, & Exercere feras
 quid sit. 269, 355, & 356
 Exilii variae significationes. 50 & seq.
 quo civitas non amittitur, sive relega-
 tionis, duæ species. ibid.
 Expositio infantum vid. Infantes.
 Extra ordinem fieri dicuntur, quæ præter
 rationem Juris Civilis, aut Prætorii,
 vel Jure singulari contra regulam re-
 cepto, observantur. 106, 360
 Extraneus heres. vid. Heres.

F.

non **F**acile est. vid. Difficile.
 in Facto, ex Facto, in Factum,
 pro ex facti specie, sive e re nata.
 440
 in Factum actio Civilis, & actio præscrip-
 tis verbis eadem est. ibid.
 in Factum actio, pro utili actione. 131.
 140, 142
 de Falsi crimine transactio. v. Trans-
 actio.
 Ferre, pro auferre, vel percipere. 345
 Fictiones Juris quædam, & cur inductæ.
 58
 Fideicommissum inutile si heres per mul-
 tum temporis præstiterit, an in futu-
 rum ad ejus præstationem obligetur.
 205
 Fideicommissorum usura. vid. Usu-
 ra.
 Fidejussorum plurium obligatio, non ipso
 jure, sed ope exceptionis dividitur, quæ
 in Jure a Prætoze postulari debet an-
 te litem contestatam. 30
 Fidejussorum pacta cum creditore: &
 quando fidejussoribus prosint pacta
 rei principalis. vid. Pactum.
 Fiduciæ, pignoris, & hypothecæ discrimen
 283, 288
 Fiducia contracta dominium pignoris
 transfertur in creditorem. 284, 288
 Filii familias quatuor rerum proprietatem
 habeat Jure veteri, & novo. 393
 Fiscus ex contractibus suis non debet u-
 suras ex mora, nisi in privati locum
 succedat. 215
 Fisco usura semisses constitutæ sunt. An-
 toninus eidem rei judicatæ centesimas
 constituit. 194, 201, 203
 Fisco quæ usura debeantur, si hereditatem
 petat ab eo, qui tacitum fideicom-
 missum suscepit. 197
 Fisco e contractibus suis usura tardioris
 solutionis debeantur, etiam si nulla mo-
 ra ex persona intervenerit. 218
 Fisci privilegium, quod ad usuras peten-
 das, non habet, qui experitur man-
 datis a fisco actionibus. 219
 a Fisco qui emit, non debet usuras ante
 traditionem. ibid.
 Flagellorum pœna servilis. 37
 A a a a Flu-

- Flumina & rivi cubiculis, & tricliniis induebantur, apud Veteres. 9, 271, 365
 si Flumen agrum alicujus occupaverit, ac deinde rursum reliquerit, quid juris sit circa agrum illum. 3, 408
 in Flumine publico quatenus edificare liceat. 60
 in Fluminis publici utraque ripa qui domus habet, an pontem in flumine facere possit. 60, 61
 Fœnus antiqui magis de accessione fortis dicebant, quam usuram: consuetudine loquendi usura pro fœnore dici cœpit. 153, 157, unde dicitur. 157. proprie pro usuris, interdum pro sorte accipitur. ibid.
 Fœnoris cur specialem contractum non fecerint Jcti. 155, 156
 Fœnus, & usura quomodo distinguantur, postquam in bonæ fidei judiciis usura cœpit debere ex mora officio judicis. 158
 Fœnus nauticum, vid. Nauticum fœnus, & Usura pecuniæ traj. ctitiæ.
 Fœnotis unciarum, & usuræ centesimæ discrimen. 183
 Fœneratorum fraudes, vid. Usurarius legitimus modus.
 Foricarii, Foricularii, Foricarium. 218
 Forma aquæ ductus quid. 361
 Formare, & informare actionem cum dicuntur pacta adjecta, quid id sit. 444
 Formulæ actionum, cautionum, Edictorum, & Interdictorum sæpe tantum primis verbis proponuntur. 379, 502, & 503
 Formulæ veteres judiciorum a Theodosio, & Valentiniano, non a Diocletiano & Maximiano, sublatae sunt. 100
 in Fraudem legis quæ fiant. 460
 Fructus animalium, pro eorum fœre. 269, 355
 Fructus annuus fundi legatus, vid. legatum fructus.
 Fructus industriales, naturales, vid. Possessor bona fid.
 Fructus prædiorum, pro usufructu. 347
 Fui quid sit, & quomodo differat ab uti. 340, 344
 Fuga, pro relegatione. 51
 Fuga lata quid. 50
 Fundus distinguitur a loco. 8
 Fundus ut optimus maximusque est, quid sit. 359
 Fundi usus fructus legatus, vid. Usus fructus fundi.
 Fur pro servo. Furari proprium servorum. 124
 Furem nocturnum quoquo modo occidere permittit lex XII. Tab. & lex Cornelia de Sicariis; diurnum, si se telo defenderit; nec opus est ex his Legibus testificatione cum clamore. 10, 114, seq. 273
 Furis nocturni, diurnive cædes lege Aquilia a estimatione civili damni puniuntur; nisi periculum aliter evitari non potuit; quod cum clamore testificandum suadent Jcti. 273
 Furca, pro cruce. 67
 Furtum non fuit, quod Hebræi Dei jussu Ægyptiorum vestes, ac vasa retinuerunt. 171
 ne Furri agatur pactum, quam vim habeat. vid. Pacta de delictis privatis.
 Fusiones fisco præstare, quid. 361
 Fustes pœna liberorum tenuium. 37
- G.
- Gajus quando Institutiones scripserit. 213, 282
 Geminationis litterarum, & syllabarum ratio, ejusque ope loca aliquot resti-
- tuta. 36, 45, 52, 179, 192, 227, 275, 293, seq. 333, 366, & 367, 383, 390, 403, 430
 Gemmarum collectio, & ostentatio apud antiquos. 263, 349
 Gerundia in dum cum accusativo, v. g. permittendum est actionem. 480
 Gestiones Veterum. 351
 Gladii potestas quid. 85, seq.
 Glossæ interpolatorum in libris Juris deprehensæ. 4, 5, 28, 30, 43, 72, 73, 98, 111, 112, 113, 121, 145, 214, 249, & seq. 268, 290, & seq. 296, 324, & seq. 353, 409, 415, & 416, 430, 454, 455, 487
- H.
- Habitationis, & usus legatum quibus rebus conveniat, vel differat. 55
 Habere licere qui promisit, ad quid obligetur. 47
 Hæta decemvitalis, Centumvitalis, Hætam cogere. 93
 Hebræorum Reipublicæ incipientis constitutio, & ratio. 169, & seq.
 de Hebræorum vestimentis & calceis in deserto non inveteratis, nec attritis, quod dicitur, quomodo sit accipiendum. 171, seq.
 Heres semel factus, non potest deponere personam heredis, & manet obligatus creditoribus defuncti, etiam si hereditatem in jure cesserit, vel pactum de ea fecerit, vel bona hereditaria amiserit. 32, 475, seq.
 Heredum pacta, vel transactiones inter se, vel cum aliis, an noceant creditoribus, vid. Pactum tacitum. Pacta heredum, v. Transactio.
 in Herede extraneo duo, an tria tempora requirantur, quibus cum eo testamenti factio esse debet. 25
 Hereditatis expilatae crimen non est furtum. 501, & 502
 Hic, pro hoc casu. 124
 Homicida, quantum ad leg. Corneliæ de Sicariis, idem est, qui latro, id est, qui dolo malo hominem occidit. 67
 Homicidii, sive latrocinii, pœna ex leg. Cornelia de Sicariis, & quæ deinde substituta. 21, 67, 242, 259
 Homicidium ex leg. Cornelia non est, quod in rixa fortuita inconsulto impetu factum est, licet gladius strictus fuerit. 68, seqq.
 Homicidii, quod in rixa fortuita, item, quod casu ex lascivia, & culpa sit, pœna, ibid. 122, seq. fortuiti pœna ex lege Numæ. 123
 Homo, pro servo. 120
 Horrea publica. 63
 Hosticolum. 36
 Humanitas, sive philanthropia, vid. Obligatio.
 Hyperbolicarum locutionum vis, & usus. 174
 Hypothecæ, pignoris, & fiduciæ discrimen. 283, ortæ sunt e Jure Prætorio, non Civili. ibid. 452
 Hypotheca Jure Prætorio nudo pacto constituitur, & tollitur, si conventum sit, ne pignus petatur. 42, 453, seqq. utrum ipso jure, an per exceptionem tollatur, si conventum sit, ne pecunia petatur, vel si creditoris voluntate vendita sit. 43, 72, 453, seqq.
 de Hypotheca alienanda conventiones, v. de Pignore alienando conventio.
 Hypothecaria actio, vid. Pignus. Serviana. non datur creditori adversus possessorem, nisi probet, rem sibi jure pignoris teneri. 284
 Hysterologia. 430, 442
- I.
- Id est, pro idem est. 212, 26
 Id est, interdum declarandi, non definiendi vim habet. 443
 Idoneus homo quis. 29
 Iduarii quidam an fuerint, qui Idibus pecuniam publicam relegerent. 179
 Idibus an etiam pecunia fœnebris datis, & repeteri soleret. 179, add. Kalendæ.
 Illata, & in vecta. vid. Pignus tacitum.
 Imaginis, & statuarum discrimen. 348
 Impendium, pro usura. 159
 Imperitia, vid. Lex Aquilia.
 Imperium Magistratus quid, & quotuplex. 82, 83
 Imperium, & jurisdictio idem in Romanis Magistratibus. ibid. 84
 Imperium a jurisdictione distinguitur ratione Magistratuum municipalium, qui imperium non habent. 83, sub fin. 103. mixtum quid sit, & cur ita dicatur. 85. mixtum non absolvitur sola coërcitione; sed coërcitio est pars imperii, sive jurisdictionis. 103
 Imperii mixti duæ sunt partes, decretum, & judicis datio, ejusque rei origo. 86, seqq.
 Imperium mixtum, quod jure Magistratus competit, mandari potest. 103, seqq.
 Imperium merum quid sit; cur ita dicatur, & quo sensu a mixto distinguatur. 85. etiam cognitionem, & decretum continet. ibid. principio apud Reges, postea ante legem de provocacione apud Consules erat, propter vim imperii. 105. mandari non potest, nisi quatenus a Lege, aut Constitutione permittitur, nec alii, quam cui Lex aut Constitutio permittit. 105, 106, seqq.
 Præfectus Urbis non poterat alii mandare, quam Vicario Urbis. 107, seqq.
 Impubes injuriæ capax quis dicatur. 132
 In, abundat, in gladio aliquem percutere. 68
 Incerta nomina. 198, seqq.
 Incorporales res a quibusdam adnumerantur iis, quæ non sunt. 34, 385. quomodo tradantur. 392, 399, 403. quomodo vindicentur. vid. Vindicatio.
 Ineptia, & Inertia quid. 27. pro culpa lata habentur. ibid.
 Inesse alicui rei, & Inesse contractui, vel judicio bonæ fidei quæ dicantur. 81, & 83, 318, 443, & 444
 Infans quis. 132. specialiter, pro recens nato, sanguinolento. 505
 Infantes recens natos muliarum gentium moribus licebat parentibus exponere, aut necare. 494, seqq. exponendi, necandive licentia Legibus Romuli & XII. Tab. restricta, sed deinde moribus sine restrictione permessa fuit. ibid. exponendi, necandive mos, etiam ætate Jctorum, e quorum scriptis Pandectæ sunt composita, obtinuit. ibid. exponendi, necandive mos non est sublatus Senatusconsulto Planciano, neque eo, quod sub Hadriano factum est. 496. non est sublatus Rescripto DD. Fratrum, neque Edicto Prætoris, neque remedio, quod majori tempore extra ordinem datur. 497. adhuc obtinuit tempore Diocletiani. 497, & 498. obtinuit etiam tempore Constantini M. qui sanguinolentorum liberorum venditionem ob paupertatem permisit, expositionem, & necem non prohibuit. 498, & seqq.
 Infantum expositio aut nex primum prohibita est a Valentiniano, Valente, & Gratiano, pœna capitali Legis Corneliæ de Sicariis, cum ante neque ordinaria, neque extraordinaria ejus rei pœna esset. 500, seq. 504, seqq.
 Infan-

INDEX RERUM & VERBORUM.

Infantis exponendi prohibitio generalis est, pertinetque ad omnes, quibuscumque in locis, & quacumque de causa eos exposuerint. 505. seq.
 Infantis alieni cædes jam olim vindicabatur Lege Cornelia de Sicariis, sui agniti Lege Pompeja de patricidiis, ex Constitutione Constantini. 504. seq.
 Infantem exponere, aut necare, tam matris, quam patris licebat. 496, 505
 Infantum expositioni, necive, quem colorem prætexuerint Veteres. 494, 505, 508, & 509
 Inferre poenam, quantitatem, debitum. 458
 Infinitus, pro indefinitus. 188
 Informare actionem, vid. Formare.
 Injuriam propulsatio juris naturalis, agentium sit. 12
 de Injuriis pacta, vid. Pactum.
 Injuria in Lege Aquilia quomodo accipitur. 122, 144
 Inofficiosi testamenti querela quando, & a quo repeti possit, si transactio de lite facta, non sit servata. 457
 Inopia interdum dicitur, cum nimia copia incertam facit electionem. 53. seq.
 Inopia probationum. Ibid.
 ex Inscriptionibus, & Subscriptionibus legum investigata earum sententia. 10, 13, 20, 22, 34, 46, 56, 75, 82, 83, seq. 89, 96, 103, 112, 114, 119, 124, 126, 132, 194, 203, 207, 212, 220, 221, 236, 242, 252, 264, 273, 282, 286, 288, & 289, 316, 325, 328, 333, 341. seq. 343, 366, 391, 392, 399, 411, 415. seq. 422, 427, 434, 437, 444 451. seq. 459, 463, 465, 471, seq. 475. seq. 482, 487. seq. 497, 500, 501, 503, 505, 506
 Instrumenti fundi, vel ædium usufructus continetur legato usufructu fundi, vel ædium, & quæ sint in instrumento. 354 seq. 362.
 in Integrum restituere contractum quid, vid. Contractus.
 Interdictum de aqua, de qua aqua, & quibus casibus detur. 9
 Id quod interest quomodo æstimetur, pecunia debita non soluta, vel corpore debito non soluto, vel pecunia certo loco promissa, & eo non soluta. 187. seq.
 Interitus rei nihil aliud est, quam mutatio ejus in aliam formam. 405
 Interpretor, passive. 408
 Interrogatio interdum tacitam responsionem continet. 88, 220, 269, 291, 355, 472. Interrogatio, pro stipulatione. 204
 Inverecundum est, Inverecunde fit, pro eo, quod injustum est, quod contra jus fit. 262
 Ipse, & Ipsa, pro herus, & hera. 300
 Ire simul pro simul fieri. 488
 Irritus contractus, vid. Contractus.
 Iter, pro jure itineris. 42, 454. Iter, aditus ad sepulcrum, vid. Sepulcrum. Iter, aditus ad sepulcrum, aut fundum fructuarium, jure civili a vicino non debebatur; consuetudine factum est, ut peti posset, & quomodo. 359. seq.
 Judicis datio quid. 86. in causis ordinarii juris non erat arbitraria, sed necessaria; in his, quæ cognitionis erant, judex dari non poterat. 87
 Judex fere dabatur in causis facti; interdum tamen de æquo, & bono judicabatur. 88. seq.
 Judicium lectio, relatio in album ac decurias, & excusatio. 94, 95. seq.
 Judex non poterat dari nisi e selectis, & sorte, vel sine sorte e consensu litigantium, & ab hic etiam e medio populi dari potuerit. 95. sorte datus regulari poterat, consensu patrum datus non poterat. 95. Judex addici dicitur; for-

mula in ea re usitata, & Judicis addicti munus. Ibid.
 Judicis addicti potestas a Prætoris formula circumscribebatur, quam egredi non poterat, nisi voluntate litigantium. 96. seqq.
 Judex non potest judicare de re, quæ post constitutum, judicium supervenit. 96
 Judicis potestas in stricti juris judiciis adstrictior erat, quam in bonæ fidei judiciis, in quibus laxior formula dabatur. 97
 Judex in quibus judiciis exceptiones admittere potuerit. 97. vid. Exceptiones.
 Judex, ad quem lite contestata res transibatur, quomodo, quo loco, & cum quibus eam cognosceret. 99
 Judicium datio non omnino sublata est a Diocletiano & Maximiano. 100
 Judex pedaneus quis. 99. dicitur Magistratus municipalis. 84
 Judex quæstionis quis, ejusque munus. 106. etiam Quæstor vocatur, publico judicio præesse, & ex Lege quærere dicitur, ibid. quibus casibus, & Legibus judiciorum publicorum additus fuerit Quæstori, incertum est. 107
 Judex etiam vocatur Adfessor. 93
 Magistratus, sive Prætor. 93, 99, 106, 111. Consul. 497
 Judicis sententia, etsi ertonea, interdum speciale jus facit. 431
 Judicia omnia vel ordinaria erant, vel extraordinaria, tertium genus arbitratorum, nullum erat. 87
 Judicium incipere, & res in judicium deduci dicitur a lite contestata. 99
 Judicium acceptum, vel susceptum, & lis contestata pro eodem dicitur. Ibid.
 Judicii accepti dies interdum ponitur pro die sententiæ. 225
 Judicare, pro Judicem dare. 86
 Judicare, & Judicanti in consilio adesse, diversa sunt. 92, 93
 Judicare etiam dicitur Magistratus. Ibid.
 Juratoria cautio non liberat reum in jus vocatum, quo minus carceri includatur, si non habeat fidejussores, quibus caveat judicio situi. 296. seq.
 Juris Consultorum variationes. 31, 32, 134, 294. seq. 372, 446, 475. seq. modestæ locutiones, 262, 326, 478. Responsis, an Commentariis major fides habenda sit, si contraria in his tradantur 31, & 32, 475. seq. Responsa ante Theodosium pertinebant ad Jus non scriptum. 466
 Juris Consulti constituere, & constitutiones eorum dicuntur. 450
 in JCrorum fragmentis sæpe definitur, quid stricti juris sit, omisso eo, quod ex æquitate contra jus strictum inductum est. 479. add. Regula Juris.
 Jurisdictio quid. 81. proprietate verbi dicitur non solum, quæ Jure Magistratus, sed etiam, quæ nominatim Lege, aut Constitutione defertur, & merum imperium. 81. seq. frequentius dicitur de ea, quæ Jure Magistratus competit, & de civilibus causis est. 82, 104
 Jurisdictio & imperium in quibusdam Magistratibus distincta sunt, vid. Imperium.
 Jurisdictio Magistratum Romanorum, & municipalium quomodo differat. 84
 Jurisdictionem mandandi origo. 102. mandatum qui suscipit, nihil proprium habet; sed ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur; nisi a Principe ei aliquid proprium datum sit. 102. seq.
 Jurisdictionis Vicariorum, & Vices agentium discrimen. 102, & 103

Jurisdictione universa mandata ad mandatarium transeunt ea, quæ mandanti competunt Jure Magistratus, non quæ speciali Lege, aut Constitutione. 103, seq. 105, 108
 Jurisdictionis parte mandata tantum ea pars transit, si Jure Magistratus, non speciali Lege, aut Constitutione mandanti competat. 103
 Jurisdictio specialiter concessa non potest mandari, nisi cui Lex, vel Constitutio permittit. 106, seq. 109
 Jurisdictione mandata mandataris Prætor, Præses, Magistratus appellatur, & mandantis tribunali utitur in causis cognitionis. 103, 110. consilium exercebat in plerisque causis, in quibus mandans. 110. in causis ordinarii juris judicem dare poterat, & quando id ei ademptum fuerit. 111
 Jurisdictio prorogata quæ. 112. confirmata fuit Lege Julia judiciorum privatorum, ibid. nascitur e qualicumque conventionione expressa, sive nuda, sive non nuda ibid. etiam e tacita conventionione, si quis litem apud judicem incompetentem contestatus sit; non si tantum in jus vocatus venerit, & actionem sibi edi desideraverit. 113. Jurisdictionis non prorogatur, si error, aut metus in conventionione intervenit. 114 ut prorogetur, sufficit consensus litigantium, Prætoris non requiritur, ibid. non potest prorogari, nisi in eum, qui jurisdictionem habet pro tribunali, aut aliam, licet mandatam. 114, 115. prorogatur in causis civilibus, non in criminalibus. Ibid.
 Jurisdictio, pro Edicto Prætoris. 42, 455
 Jus, pro facultate moribus, aut legibus concessa. 339
 in Jus vocandi ratio prisca. 422
 in Jus vocatus quam cautionem præstare debeat, vid. juratoria cautio.
 Jus naturæ quæ ratione immutabile dicitur. 46
 Jus dicere quid. 82
 Juris divisio modo bipertita, modo tripartita. 24, 25
 Juris præcepta diversa sunt a regulis juris. 358, 493, 504, 506
 Juris condendi potestatem unde habeat Princeps, vid. Princeps: & Lex Regia.
 hoc Jure utimur, formula loquendi JCtorum, notat aliquid consuetudine receptum esse contra regulas Juris. 6. seqq. 301, 424, 437
 Jure Magistratus deferri quæ dicantur. 104, 109
 Jusjurandum suppletorium quando deferatur a judice. 54
 Justiniani errores. 384
 Justitiæ definitio exposita. 48. seq.
 Justus Stoicus quis sit. 48, & 49

K-

Kalendæ solennes erant usuris solvendis. 178
 an a Kalendis ad Idus fuerit data dilatio solvendarum usurarum. 179
 Kalendis Martiis inferri solebant pensiones locatorum fundorum. 346
 Kalendaria privatorum, & civitatum. 178
 Kalendarii Civitatum, pro hominibus, qui foenori ponebant pecuniam publicam. 179

L-

Latro. vid. Homicida. Latronum poenæ. 67
 Legare itatuas ponendas, quid sit. 154, & 155
 Legata

Bbb

- Legata annua, inenstrua. vid. Alimen-
ta.
- Legati, fructus annuos fundi do lego, &
reditus fundi dari volo, discrimen.
11
- Legatum supellectilis suæ omnis. vid. Su-
pellex.
- Legatorum usura. 213, & 214
- Legati per damnationem relictæ discrimen
ab aliis legatis, quod ad usuras.
214
- Legati per damnationem differentia a le-
gato per vindicationem in usufructo
legato. 389, 391
- Legatorum servandorum cautio heredi
a testatore, vel legatario remitti po-
test, & quæ ratione. 378. seq.
- Legatus, absolute, & Legatus Caesaris, pro
Præside. 109
- apud Legatum Caesaris manumitti po-
test, postquam provinciam ingressus
est; apud Legatum Proconsulis non
potest, etiam si provinciam ingressus
sit. 108, & 109
- Legis Aquiliæ auctor, & capita incerta
sunt 119, & 120. primo capite cau-
tum fuit de alieni hominis, vel quadru-
pedis cæde, & quis homo alienus, vel
quadrupes pecus intelligatur. 120 seqq.
actio directa cessat, si homo liber inju-
ria occisus sit; utilis ex mente Legis
videtur dari. 121
- Lege Aquilia non videtur nominatim
cautum fuisse de intercepta utilitate.
120
- Lex Aquilia tantum coercet eadem inju-
ria, i. e. qualiquali culpa, non jure aut
casu factam. 122
- Lege Aquilia non tenetur, qui latronem
vim facientem occidit, si aliter pericu-
lum effugere non potuit. 123. seq. te-
netur, qui latronem percussurus alium
imprudens percussit. 123. qui furem
nocturnum occidit, cum apprehendere
posset. 20, 21, 124
- Legis Aquiliæ, Legis Numæ, & Legis
Corneliæ de Siciariis discrimen, quod
ad cædem hominis. 123
- Lege Aquilia non tenetur, qui facit, quod
faciendi jus habet; nisi modum exces-
serit. 125. seq. tenetur, cujus culpam
casus secutus est. 127. seqq. an tenea-
tur, qui in lucta, pugilatu vel pancra-
tio alium occidit. 128, 129
- in Lege Aquilia imperitia artis, quam
quis proficitur, aut infirmitas in re,
quam suscepit, culpæ adscribitur. 129,
130, 146
- Lege Aquilia tenetur qui injuria occidit;
non furiosus, non infans, non impubes,
nisi injuriæ capax sit. 132. tenetur is,
cujus jussu homo liber manu occidit, si
jus ei imperandi habuit. 133. & insu-
per actione noxali tenetur dominus,
cujus jussu servus hominem occidit; &
quid juris, si domino sciente, & non
prohibente occiderit. 132. seq. in soli-
dum tenentur omnes, homine in rixa
occiso, si auctor cædis ignoretur.
133
- in Lege Aquilia occidisse dicitur, qui
quocumque modo vi, & manu adhibita
interimit, siue homo statim, siue post
intervallum mortuus fuerit. 130. seq.
item, qui sine vi, vel manu causam
morti præbuit; sed ut in hunc detur
actio utilis Legis Aquiliæ, & in fa-
ctum. 131. utrum is putetur occidisse,
qui hominem mortifere vulneravit, an
qui deinde ita eum percussit, ut statim
exanimaretur. 133, & 134
- Legis Aquiliæ actio pœnalis sit, an rei
persecutoria, & an in heredem ejus, qui
occidit, detur. 135. datur ei, qui do-
minus fuit tum, cum homo, pecusve
occisus est; licet temporarius tan-
tum dominus fuerit, aut post factus
fuerit, sed fictione juris retro dominus
habeatur. 135. seq. an etiam detur bo-
næ fidei possessori, fructuario, commo-
datario, & creditori pigæratitio. 136.
cui detur, si servus legatus ante aditam
hereditatem occisus sit. 135
- in Legis Aquiliæ actione quomodo fiat
æstimatio occisi hominis, aut pecudis;
& an præter id quod interest etiam af-
fectio domini æstimetur. 137
- Legis Aquiliæ secundum caput incogni-
tum est. 138. tertio capite cautum fuit
de certo omni damno, præter homi-
nem & pecudem occisos, maxime si
quid ustum, fractum, aut ruptum fuis-
set; & quæ horum verborum vis sit.
138, 139, & seq. an etiam de apibus,
& similibus feris bestis cautum fuerit.
138, & 139. actio utilis datur in eum,
qui rem alienam consumsit. 140
- Lege Aquilia an teneatur, qui testamen-
tum delevit & cui. 140, & 141. ante-
neatur, qui olivam immaturam, vel
uvæ crudas decerpserit, vel segetem
desecuerit. 141
- Legis Aquiliæ directa actione non tene-
tur, nisi qui corpore corpus rupit. 142.
utilis actione tenetur, qui causam præ-
buit damno. 143. seq.
- Lege Aquilia tenetur, qui injuria dam-
num dedit, i. e. dolo, vel quacumque
culpa, etiam imperitia; non qui casu,
vel necessitate. 144. seqq.
- Legis Aquiliæ tertio capite quomodo
fiat æstimatio damni dati, & an etiam
æstimetur id quod interest. 147. cui,
& adversus quem detur actio. ibid. an
detur homini libero patrifamilias vul-
nerato, & an filiofamilias. ibid.
- Lex Cornelia de parricidiis, & Lex Cor-
nelia de sicariis duæ distinctæ Leges
sunt. 22. seqq.
- Legis Corneliæ de parricidiis pœna. ib.
de sicariis pœna. ibid. add. Homici-
dium.
- Lex Cornelia de sicariis quid statuerit de
cæde furis diurni, nocturnæ. vid.
Fur.
- Legis Corneliæ de sicariis, Legis Numæ,
& Legis Aquiliæ discrimen, quod ad
cædem hominis. 123
- Lex Cornelia de sicariis tantum dolum
malum punit. 20, 125
- Lex xii. Tab. de cæde furum. vid. Fur,
de infantibus recens natis exponendis,
vel necandis. 494, & 495. de pactis.
421. seqq. add. Pactum. de tutela te-
stamentaria quomodo intelligenda.
296
- Lege Gabinia non constituta fuit legiti-
ma usura centesima, & quid ea cautum
fuerit. 184, 200
- Lex Genucia de fœnore. 183
- Lex Julia privatorum judiciorum. vid.
Jurisdictio prorogata.
- Legis Numæ pœna homicidii ab impru-
dente facti. 123
- Lege Pompeja de parricidiis servata fuit
vetus pœna Legis Corneliæ de parrici-
diis. 22. seqq.
- Lege Regia Populus Rom. non abdic-
avit se omni suo jure, & majestate in
gratiam Principis. 260, & 261. Pop.
Rom. communicavit cum Principe
potestatem juris condendi, & abrogan-
di; & etiam post eam in comitiis Le-
ges jussit, & Magistratus creavit.
261
- Leges de Usuris. 182, & 183
- Legibus quomodo solutus sit Princeps.
261, & 262
- Lex per excellentiam, pro Lege xii.
Tab. 452
- Lex de Edicto Prætoris. ibid.
- Lex prædiorum vendundorum, pro pa-
cto privato contractui adjici solito.
301
- Leges fugitivæ. 49, & 50, 254, & 255,
264, 326, 328, 462, 465
- Libellus, & tribunal; item Libellus, &
cognitio, siue decretum, opponitur.
91
- per Libellum quæ fiebant, fere expedie-
bantur de plano, interdum pro tribu-
nali petebantur. ibid.
- Libera testamenti factio, Libera peculii
administratio, Libera rerum vel nego-
tiorum omnium administratio, quæ
ratione dicantur. 484
- Liberales causæ ordinarii juris erant, non
cognitionis, nisi accessio essent cog-
nitionis Prætoris, aut de Jure in iis quæ-
stio esset. 89, & 90. quando extraor-
dinarii juris factæ sint. 90
- Liberorum procreatio, & educatio juris
naturalis est. 12
- Liberorum recens natorum expositio, &
nex. vid. Infantes.
- Libertas alia Juris Gentium, alia Juris Ci-
vilis Quiritium. 298
- Liberti Latini. 24
- Libertus Servus. 370
- Lis quid sit, & quomodo a re; & causa
interdum distinguatur. 427, & 428
- Litis contestatio quando fiat, & ejus effe-
ctus. 59
- Liptotes. 292
- in Litore quatenus ædificare liceat. 60
- Locare pecuniam, pro fœnore dare. 162,
& 163
- Locupletior; formula. In quod ego Lo-
cupletior factus sum, ad quæ pertineat.
56
- Locus, vid. Fundus.
- Locus de prædiis rusticis & urbanis dici-
tur. 271
- in Loco aliquo sæpe fieri dicuntur, quæ
fiunt in propinquo. 272
- Lucrum non semper sequitur eum, cujus
periculum est. 163, & 166
- Lucta a pugilatu & pancratio distat.
128
- Ludo licito si damnum datum fuerit,
quid juris. 146
- Ludi noxii culpam habent, quæ vindica-
tur Lege Aquilia; non cæramina pu-
blica. 128. seq.
- Lustrum interdum pro quatuor annis su-
mitur. 180
- M.
- Magis, particula, interdum omittitur.
297
- Magistratus pro tribunali sedentis cog-
nitio & consilium. 91, 92
- Magistratus jure deferri, & specialiter, aut
nominatim Magistratui deferri, oppo-
nuntur; & quæ illa sint. 104, 109
- Magistratus Municipales interdum mi-
nus proprie, & per ambitionem ap-
pellantur Dictatores, Consules, Præto-
res, & tribunal iisdem tribuitur. 83, 84.
neque imperium, neque tribunal ha-
bebant, sed subsellia. ibid. 103. vo-
cantur pedanei iudices. 84
- Magistri, & Magistratus municipales mo-
dum castigationis excedentes tenen-
tur Lege Aquilia. 125, & seq.
- Mandata Principum. 109
- Mandata Jurisdictio. vid. Jurisdictio.
- Mando, verbum precarium. 74
- Mandati origo, & quomodo differat a
commendatione, & consilio. 74
- Mandatum solius mandatarii gratia tan-
tum consilium est, etiam si mandator
periculum in se suscipiat. 74
- Mandatum aliena gratia parit actionem
mandati. 75. licet nominatim post
mortem mandantis conferatur, tamen
morte ejus finitur. 278. de sepulcro,
monumento mandanti post mor-
tem faciendo, aut fundo monumento
hereditario emendo, veneratione reli-
gionis

INDEX

RERUM & VERBORUM.

gionis sustinetur. 279. seq. quod de-
mum post mortem mandantis potest
impleri, est contractus inter vivos, non
species ultimæ voluntatis. 281
Manumissio specialiter data est Magi-
stratibus nec mandari potest. 108 a-
pud Legatum Cæsaris, vel Proconsu-
lis. vid. Legatus.
Margaritæ extricata, & pertusa. 139
in Mari quatenus edificare liceat. 60
Matrimonium juris naturæ, an gentium
sit. 12
Matrimonii cum amicitiâ, mariti cum
patre, uxoris cum filia comparatio.
44
Maturum quid, & quæ olivæ maturitas
sit. 141, 350
Medici vulnerarii, chirurgi. 129, &
130
Medicorum imperitia punitur Lege A-
quiliana. ibid.
Medicæ mulieres, obstetrices. 130
Melchisedecus cur patrem, matrem, ge-
nus non habuisse dicatur. 29
Merces proprie, quæ pro usu corporum
locatorum datur; vel cum in eorum
præstatione, aut restitutione mora
commissa est. 155. pro usura pecuniæ
credita. ibid. 163
Merum quid. 85
Merum imperium. vid. Imperium.
Metalli nomine quæ comprehendantur.
266, 352
Metallis quomodo utatur fruatur fructu-
arius; & an etiam nova instituere pos-
sit. 352
Metu initus contractus stricti juris ante
Edictum Aquilii de dolo malo valebat
Jure Civili, & Prætorio. 333. post E-
dictum Aquilii rescindi coepit Jure
Prætorio, actione, vel exceptione doli
mali in personam, quibus deinde a
Prætoribus est addita actio quod metus
causa, & exceptio metus in rem scrip-
ta. 333. seq. contractus bonæ fidei
Jure Civili nullus erat officio Judicis,
sine auxilio Prætoris. 334
Metu si discessum sit a contractu b. f. si-
ne metu perfecto, obligatio re integra
contrario consensu tollitur, ita ut ne-
cessaria sit actio Prætoris, Quod me-
tus causa. ibid.
quod Merus causa actio habet locum in
b. f. contractibus, si alia actio non sit.
ibid.
Metu expressa promissio dotis singulari
ratione auxilio Prætoris non indiget,
et si stricti Juris sit. ibid.
Minor 25. annis curatorem non habens
pacificando obligatur; sed fragilitate
consilii lapsus in integrum restituitur.
470. curatorem habens sine consensu
illius jure civili non obligatur; Ipse
sibi alios obligare potest. ibid. & seq.
veniam ætatis habens e contractibus
suis obligatur, nec in integrum resti-
tuitur. 471
Mixtæ actiones. 25
Mixtum imperium. v. Imperium.
Modo & Non permutantur. 52, 136
Monumentum. vid. Mandatum, & sepul-
crum.
Mora quid. 216. seqq. plerumque com-
mittitur ante, interdum post litem
contestatam. 214. tam a creditore
committitur, quam debitore. 216
Mora e persona quæ fieri dicatur. ibid.
non est, nisi quis jure interpellatus sit,
tam in obligationibus puris, quam
conditionalibus, & iis, quæ ex re
dilationem accipiunt. 216. seq. distin-
guitur a tardiore solutione. 216. an
admittatur per unam interpellatio-
nem. 216. seq.
Mora non est, si justam causam cessandi
habuerit, qui interpellatus est; & quæ
videantur justæ causæ cessandi. 217

Mora ex re quibus e causis nascatur. 216,
218. seq. 220 si cum mora ex persona
comparatur, vix habetur pro mora, &
interdum negatur esse mora. 219,
293. e Mora ex re debentur usuræ sine
interpellatione. 218. Mora ex re fit in
minorum persona e solo tempore tar-
dæ pretii solutionis, in bonæ fidei con-
tractibus, fideicommissis, & legatis.
219
e Mora quando, & a quibus debeantur
usuræ. v. Usura.
More majorum, interdum idem est, quod
legibus. 23
Morus animi, Motus judicis, pro sensu,
sententia. 423
Mulier, varia significatione dicitur.
319
Mulierum intercessionem. vid. Senatus-
consultum Vellejanum.
Munerum divisio modo duplex, modo
triplex est. 24
Municipalis Magistratus. vid. Magistra-
tus.
Mutatio rei fit mutatione formæ, cum res
in aliud nomen transit. 405
Mutuum. vid. Argentum factum, com-
modato comparatur. 162. seq.
Mutui datio. 276

N.

Nam, non semper notat causam, sed
interdum idem valere, quod cete-
rum, vel incipiendi, & separandi vim
habet. 43, 247, & 248, 455
Natura contractus. vid. Substantia.
Naturaliter inesse contractibus quæ di-
cantur. 469
Naturaliter possidere, quid. 343, & 344
Nauticum fœnus. vid. Usura pecuniæ
trajectitiæ.
de Nautico fœnore cur potius inscriban-
tur Tituli Pandectarum, & Codicis,
quam de Nauticis usuris. 158
Negatoria actio datur domino in rebus
incorporalibus, non corporalibus, &
ejus rei ratio. 413, & 414
Negligentia lata, vel nimia, est culpa lata.
27, & 28
Negotiorum gestorum actio directa da-
tur domino adversus prædonem: præ-
doni contraria non datur, sed exceptio,
retentio, pensatio in id, quod dominus
locupletior factus est. 55, & 56
Negotiorum gestor, qui pecuniam domi-
ni in usus suos convertit, debet usuras
centesimas. 185
Nexum est conventio legitima, sive Juris
Civilis, ejusque species & ritus. 436,
437
Nocere, pro non prodesse. 529
Nomina eadem rebus diversis, & diversa
rebus iisdem interdum in Jure Civili
imponuntur, mutato, vel ampliato Ju-
re rerum. 155
Nomina certa, incerta, quæ. 198
Nominum ususfructus. vid. Servitutum
ususfructus.
Non. vid. Modo.
Notæ, sive sigla Veterum, sæpe non recte
intellecta a Librariis. 13, 35, 37, 43,
45, 50, 52, 65, 71, 88, 109, 136,
274, 280, 298, 300, 302, 383, 405,
454, 459
Nullus, vel nullius momenti contractus.
vid. Contractus.
Numisma, idem quod Nummus. 263,
348
Numismatum vetustorum aureorum, &
argenteorum, quibus veteres pro gem-
mis utebantur ad animi oblectatio-
nem, & cultum, verus est ususfructus.
ibid.
Nummi Philippii. vid. Philippii.
Nuptiæ. vid. Matrimonium.
Nuptiarum definitio explicata. 44, 45

Nuptiis quibus, & quatenus communio
bonorum inducta fuerit. ibid.
Nuptiarum per usum, coemptionem, &
confarreationem effectus. ibid.
Nuptiæ cum fratris filia sub Claudio Se-
natusconsulto Romæ permixtæ fue-
runt; quod ad sororis filiam non pro-
ductum fuit; nec in provinciis, sed
tantum in Urbe obtinuit. 281
Nuptiæ & sponsalia etsi stipulatione ad-
strictæ essent, tamen olim ob repudio-
rum, & divoriorum licentiam non
dabatur actio ex stipulatu pro servan-
dis sponsalibus, aut nuptiis. 471

O.

Oblatio pecuniæ debitæ quando legi-
time facta censeatur, ut tollat ulu-
ras. 224. seq. add. Antichresis, & Usa-
ra tollitur.
Oblatione pecuniæ, quam non secuta est
obsignatio, & depositio, an, & quando
tollatur principalis obligatio, & utrum
ipso jure, an per exceptionem. 224.
seq. quam creditor accipere recusat,
liberatur debitor, etiamsi eam culpa
sua perdiderit, non si dolo. 224.
274
Obligare, absolute, pro obligare alium.
471
Obligationis nomen a Jurisconsultis tri-
buitur humanitati, sive philanthropiæ.
15
Obligationis personalis, & servitutis per-
sonalis differentia. 10
Obligationis inducendæ, aut tollendæ
modus Jure Civili non est tempus, nisi
res post tempus constitutum esse de-
fierit, & tamen in cæteris quoque de-
rogatum Juri Civili, & quando. 394.
& 395, 449, & seq.
Obstetrices. vid. Medicæ.
Obstruere, pro obrurare, occludere aper-
ta. 364
Occidere quid sit in Lege Aquilia.
130
Officium. vid. Beneficium.
Oлива cruda, inchoatæ maturitatis, & ma-
tura. 141, 350
Omittere, pro remittere. 217
Opera sæpe distinguuntur a fructu. 55
Opprobrium. vid. Probrum.
Orationi Principis, & Senatusconsulto
interdum eadem res adscribitur.
462
Ordinarii Juris res. vid. Judex, & Judi-
cium.
Ornithones in fundis. 268, 355
Orta controversia dicitur, quæ jam mota
est. 474

P.

Pacisci, & Pactum quid. 237, 423
Pacisci, & transigere interdum pro co-
dem accipiuntur. 237
Pactum, & Pactio generalia vocabula
sunt, eorumque significatio. 423
Pactum, & Conventum idem valent.
423, seq.
Pacta præcedere solebant vocationem in
jus. 422
Pacta tollendarum litium causa, eaque so-
lemnibus verbis facta, tantum confir-
mabantur Lege XII. Tabb. etiam
non solemnibus Edicto Prætoris. 422,
434
Pacta tam expressa, quam tacita confir-
mantur a Prætoribus. 423. Pactum ta-
citur nritur verosimili præsumptione,
quæ contraria probatione elidi potest.
424. Pactum tacitum de remissione
debiti, & pignoris videtur fieri reddi-
tione chirographi. 424. Pactum taci-
tum de illatis & investitis. vid. Pignus
tacitum, est in stipulatione dotis, ut ea
Bbb 2 non

- non peti possit, nisi secutis nuptiis. 425. est, si creditor usuras in futurum accipiat a debitore, ne intra id tempus petat. 426. Pactum tacitum, non amplius peti, quando censeatur factum inter venditorem hereditatis, & creditores defuncti. *ibid.*
- Pactorum divisio. *vid.* Conventiones.
- Pacti conventi duæ species sunt: Pactum conventum in specie tale, & transactio. utraque Pacti nomine in Edicto comprehenditur. 427. Pacti conventi in specie, & Transactionis differentia. 237, 427, & 428. Pacta conventa in specie, i. e. donationis causa facta, de non petendo, non actione, sed exceptione servat Prætor; transactionem etiam aliter. 456. *add.* Transactio.
- Pacta conventa alia in rem sunt, alia in personam, quæ ea sint, & utrorumque effectus. 72, 430
- Pactum conventum ut servetur, oportet probari consensum esse inter eos, inter quos agitur, & de qua reagitur, de quo sæpe dubitari potest. 431, *seqq.*
- Pactum, Nihil amplius peti, *vid.* Transactio.
- Pacta nuda. *vid.* Conventiones juris gentium, quæ sint, & variae eorum appellationes. 441. non omnia confirmata sunt Edicto Prætoris, sed tollendarum litium causa facta, e quibus non actionem, sed exceptionem dedit Prætor. 434
- e Pacto nudo Jure Civili non nascitur, nec tollitur actio, & cur: Jure Prætorio datur exceptio. 441. *seq.* nascitur, & tollitur actio, si Lege, Senatusconsulto, vel Edicto Prætoris confirmatum sit. 452. *seq.*
- Pactis nudis cur stipulatio subjici solet, & de ejus formula. 442
- Pacta nuda contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, iis insunt, & formant actionem, tam ex parte actoris, quæ rei, & qui & hoc sit. 443. *seqq.* quæ pertinent ad contractum b. f. dissolvendum, ut pactum commissorium, & addictio in diem, quam actionem parerent, non convenit inter Veteres. 444. si sint aliena a natura contractuum b. f. aut modum, formamve eorum egrediantur, non insunt contractibus, nec actionem pariunt. 446. contractibus b. f. ex intervallo adjecta, si de adminiculis sint, tantum a parte rei insunt contractibus, & valent ad exceptionem, quæ contractum ipso jure perimat. 443, 445. *seqq.* si de natura, sive substantia contractus sint, etiam a parte actoris insunt, & proficiunt ad actionem. *ibid.*
- e Pacto in continenti adjecto b. f. contractui, usura non debebatur ante Constitutionem D. Pii. 447
- Pacta contractibus stricti juris in continenti adjecta, si augent contractum, non insunt ei, nec formant actionem ex parte actoris. 204, 447. *seq.* an, quando, & quemadmodum hoc sit mutatum in stipulatione. 450. pacta, si detrahunt contractui stricti juris, cum sunt in continenti adjecta, ex parte rei insunt, & actionem ipso jure tollunt, contra regulas juris veteris. *ibid.* in continenti mutuo adjecta, quæ augent obligationem, nec ad contractum innominatum, nec ad donationem proficiunt. 448, 450, & 451. ex intervallo adjecta, sive addant, sive detrahant contractui, ei non insunt, nec actionem ipso jure tollunt; sed tantum ad exceptionem proficiunt, quæ non inest actioni, nec officio judicis continetur. 447, & 448. 450. *add.* Exceptiones.
- Pactum ne pecunia petatur. *vid.* Hypotheca.
- e Pacto nudo quibus debeantur usuræ. *vid.* Usuræ.
- Pactum nudo tollitur actio furti & injuriarum ipso jure. 452. constituitur & tollitur hypotheca. 452. *seq.*
- Pacta nuda de donatione, & dote danda quando valere cœperint. 452
- Pactum nudo facta transactio. v. Transactio.
- Pactum cum valere dicitur, quid in Jure significet. 237
- Pactum de pœna contractui adjectum. *vid.* Pœnæ stipulatio.
- Pactum de omittenda accusatione criminis. *vid.* Transactio.
- Pacta de re privata & familiari valent, non de re aliena aut publica. 237
- Pacta injusta, i. e. dolo malo facta, non servat Prætor, sive ab initio dolus intervenerit, sive post. 459
- Pacta adversus Leges, vel in fraudem Legum facta non servat Prætor, & quæ in fraudem Legis fiant. 460
- Pacta adversus Leges sunt, quæ sunt adversus Leges prohibentes, & utilitatem publicam, non quæ adversus leges permissas, & utilitatem rei privata. 460. intelliguntur esse omnia, quæ sunt adversus Jus civile, sive scriptum, sive non scriptum, & adversus Jus naturæ. 466
- Pacta, ut maleficium fiat, vel non fiat, obligationem non pariunt. 441. de delictis privatis facta post ea admissa valent; non ante. 238, 422, 460. de delictis privatis, vel publicis, e quibus criminaliter agitur. *vid.* Transactio, de criminibus capitalibus non pertinent ad Jurisdictionem Prætoris. 243
- Pacta adversus Leges etiam ea sunt, quæ adversus formam, naturam, substantiam, negotiis Jure Civili & Prætorio data, sunt. 466. *seqq.*
- Pacta expresse adversantia naturæ sive substantiæ negotii, & insuper injusta, aut bonis moribus contraria, irrita sunt, valente contractu. 466, 467. adversus negotiiformam, sive substantiam facta, si non sint injusta, nec utilitati publicæ adversentur, valent, sed mutant nomen contractus. 467. quæ tacite adversantur formæ negotii, servantur, nec mutant negotium, sed inflectunt, & temperant. 468. *seq.* quæ extra formam, sive substantiam negotii, circa externas illius usus sunt, valent. 469
- Pacta facere possunt omnes, qui consentire, nisi qui a regula Juris excipiantur. 470. pupillorum quando valeant. *ib.* minorum 25. annis, *vid.* Minores.
- Pactum ab alio factum, alii prodest, si paciscentis interfit, obligationem dissolutam esse. 426 alterius Jure civili alteri prodesse, aut nocere non potest, nisi alter fictione juris pro eodem habeatur. 472, 477. majoris partis creditorum cum herede debitoris, suspectam habente hereditatem, etiam his, qui non consenserint, vel abfuerint, et si privilegiatis, præjudicat ex Constitutionibus. 472. *seq.* Pacto a majore parte creditorum facto, ut portionem ab herede ferant, si eam deinde non possint consequi, privilegiarii in debiti portione præferuntur ceteris, nec hypothecarii eo pacto jus hypothecæ amittunt. 473
- Pactum plurium heredum inter se, ut unus huic, alius alii creditori respondeat, non nocet creditoribus. 472. inter heredes scriptos, & legitimos an noceat creditoribus. 32, 474. testatoris quando profit aut noceat futuro here-
- di. 477. filii in potestate patris existentis, item servi, prodesse potest patri, & domino, non nocere. 477, & 478. patris, filio in potestate existenti paciscentis, neque patri, neque filio prodest ad exceptionem pacti. 478
- Pacta an profint personis conjunctis non existentibus in potestate paciscentium. 478. *seqq.*
- Pactum, quo quis sibi prius directam actionem adquisivit, etiam alteri prodesse potest e Constitutionibus. 480, *seq.*
- Pacta tutorum, curatorum, & actorum municipum, profint iis, qui in tutela, aut curâ sunt, & municipiis non nocent. 482
- Pacta procuratorum, qui vel ad partem negotii, vel ad omne negotium dantur, quatenus profint, aut obsint domino. 483, *seqq.*
- Pactum debitoris principalis prodest fidejussori, quoties fidejussor regressum adversus debitorem habet. 486
- Pactum debitoris, quod prodesse cœperat fidejussori, contrario pacto debitoris sublato, an utilitas prioris pacti fidejussori sublata sit. 486
- Pacta fidejussorum quatenus reo principali, vel confidejussoribus profint. 486 & 487
- Pactum unius e correis debendi quando profit alteri. 487 unius e duobus argentariis aut duobus correis stipulandi an alteri noceat. *ibid.*
- Pacta, pro instrumentis, quæ de pactis conficiuntur. 442
- Palilibus pastores ardentia stramenta transliebant. 128
- Pancratium quid. 128
- Papiniani retractatio sententiæ. 446
- Paries cœcus. 363
- Parietum tectoria. 363
- Parricidii pœna more majorum culleus. 23. pœna ex Lege Cornelia, Pompeja, & Constitutione Hadriani. 22. *seq.* appellatio ad quas personas pertineat, 23, & 24. pœna obtinet, ubi locum habet parricidii appellatio. *ibid.*
- Pars rei, pro eo, quod simile, vel loco ejus est. 341
- Partus nondum editus, aut recens natus, non habebatur homo, nisi nutricis opera intervenisset. 495, 505, 508
- Partus ancillæ. *vid.* Ususfructus.
- Pater filiam suam voluntate nupram rigore Juris abducere, vel exhiberi desiderare potest, sed usu aliter obtinuit, interveniente Constitutione D. Marci. 360, 424
- Patibulum, pro cruce. 67
- Pavimenta veterum. 367
- Peccata omnia paria faciebant Stoici. 48, & 49
- Peccatores, pro populo in Evangelio. 173
- Peculii libera administratione filiofamilias aut servo permessa, quantum sub hac appellatione concessum intelligatur. 485. *seq.*
- Pecunia pro re data contrahitur emptio venditio, nisi ejusmodi pecunia sit, quæ mercis loco habetur, ut peregrina. 64. *seq.* et si necessitatis causa inventa est ad evitandam æstimationum difficultatem, tamen etiam ad alium usum transferri potest. 163. *seq.*
- Pecus in Lege Aquilia quomodo accipitur. 121. *seq.*
- Pecoris ususfructus. *vid.* Ususfructus.
- Pedaneus judex. *vid.* Judex.
- Pensionum quæ dicantur. 155
- Pensionum inferendarum tempus. *vid.* Kalendæ.
- de Perduellione transactio. *vid.* Transactio.
- Peremptorium Edictum, v. Edictum.
- e Per-

permutatione nascitur obligatio ad tradendum, non ad dandum, nisi id actum sit. 64
 Permutationis, & emtionis venditionis differentia. 65
 e Permutatione quando, & ob quas causas detur conditio ob causam dati, quando actio præscriptis verbis. 65. seq.
 Persecutio, pro jure persequendi. 454
 Perseverare quid. 249
 Personarum divisio in Jure modo duplex, modo triplex. 24
 Persuasionis colore quædam contrajus strictum inducta. 359. seq.
 Philanthropia quid. 14, & 15, 329
 Philippi nummi etiam de his, qui aliorum Principum vultus referunt. 263
 Piaculum quid. 505
 Pignoris, fiduciæ, & hypothecæ discrimen. 283, 288
 inter Pignus, & hypothecam nulla est differentia, quod ad actionem hypothecariam. 284, 453
 Pignus rei alienæ an, & quando convalescat, si debitor ejus dominus factus sit, quæ actio creditori detur ad id persequendum. 325. seq. si ignorante domino datum sit, & dominus heres existat debitori, creditori utilis pignoratitia contraria, non utilis hypothecaria actio datur 327. seq.
 Pignori quo effectu dari possit res aliena. 265, 328
 Pignoratitia actio locum habet inter debitorem, & creditorem, si res aliena pignori data fuerit, & ejus actionis discrimen ab hypothecaria. 264, & 265, 326, 327, & 328
 Pignori data supellex, vid. Supellex.
 Pignus tacitum in investitis, & illatis in prædia urbana adversus Edicti de pactis rationem moribus probatum videtur, forte occasione alicujus Rescripti 424. primum tantum locum habuit in Urbe Roma, ejusque territorio, deinde ad Constantinopolin, & Provincias productum est. 424, & 425. non est in illatis, & investitis in prædium rusticum, quæ non nisi per conventionem obligantur, nec alia, quam quæ, ut ibi perpetuo sint, a colonis dominorum voluntate sunt inducta. 425
 Pignoris remissio. vid. Pactum tacitum.
 de Pignore alienando conventio cum procuratore creditoris, aut servo actore facta; vel a procuratore, aut servo debitoris facta, quam vim habeat. 73
 de Pignore non petendo pactum. vid. Hypotheca.
 in Pignore tantum culpa levis præstatur, siue id amissum, siue deterius factum sit. 11, 62, & 63, 290
 Piscinæ in fundis non distinguuntur a lacubus, & itagnis clausis. 270
 Planum, & de Plano cognoscere, & Planaria interpellatio quid. 91. add. Libellus, & Tribunal.
 de Plano, & summatim cognoscere non semper idem est. ibid.
 Pœna capitalis. vid. Capitalis.
 Pœnæ servitus. vid. Servitus.
 Pœna non potest peti e pacto contractui adjecto, sed e stipulatione. 446
 Pœnæ stipulatio ad duplum, triplum, &c. ascendere potest, nisi quid fiat in fraudem legis, quæ usuras ultra centesimam prohibet. 200
 Pollicitatio. vid. Donatio.
 e Pollicitatione civitatibus debentur usura. 215
 Pomponius etiam post D. Pium videtur vixisse. 212
 Poni, & deponi dicitur pignus, & fiducia. 283, 288
 Possessio utrum animo solo, an animo &

corpore, adquiretur, dissenserunt Verteres. 38. seq.
 Possessionis, quæ non nisi naturali detentione, & ejus, quæ solo animo acquiritur, species quædam. 39. seq.
 Possessor bonæ fidei cum habet justum titulum ad acquirendum dominium, eoque jus colendi fundum, ut dominus, tam naturales, quam industriales, fructus suos facit. 41
 Potest, verbum, interdum supplendum est. 39, 57, 145, 345
 Præcepta Juris. vid. Jus. mitescentibus hominum moribus interdum transcunt in Regulas Juris. 508
 Prædia voluptaria. 351
 Prædiorum jura, personis earum causa concessa, utrum pro obligatione personali, an servitute personali habeantur. 10, & 11
 Præstare, Præsidere judiciis. vid. Adfessores.
 Præfectus Vigilum non habet jus adficiendi ultimo supplicio, ne servos quidem. 37. & Præfectus Urbis sæpe confundantur per errorem Notarum. 37
 Præfectus Urbis. vid. Imperium merum.
 Præscriptis verbis actio. vid. in Factum actio, & Permutatio.
 Prætoris nomen multis Magistratibus tribuitur. 13
 Prætor de quibus causis cognosceret. vid. Cognitionis res.
 Prætoris, & Censoris cognitionis discrimen. 314, & 315. 509, & 510
 Precario adjectum pactum ad certum tempus possidendi nullum est. 468
 Princeps quomodo Lege Regia solutus sit Legibus, 261, & 262. tenebatur Legibus, præterquam quibus nominatim solutus erat. ibid. Juris condendi, & abrogandi potestatem nactus est Lege Regia. ibid. e testamento imperfecto nihil vindicare potest. ibid.
 Pro, i. e. tamquam, ita ut. 263, 348
 Pro portione esse, quid sit. 275
 Probatio non esse, & deficere interdum dicitur, quæ ad questionem sufficit, non ad condemnationem. 29
 Probationum defectus, vel inopia, sæpe non tam dicitur, cum nullæ probationes sunt, quam cum eæ, quæ sunt, rem dubiam faciant in utramque partem. 54
 Probra, & opprobria quædam natura turpia, quædam civiliter. 28
 Proclamare, pro protestari. 473
 Procuratorum tantum duæ species sunt, vel ad litem, vel ad res administrandas; quorum uterque vel ad omne negotium, vel ad partem constituitur. 483
 Procurator, cui mandata est libera rerum, vel simpliciter rerum omnium administratio, non habet aliam administrationem, quam quæ sit ex negotiis, i. e. quæ naturæ rerum, & usui domini convenit. 483. seqq. cum libera rerum omnium administratione, Jure Civili non distinguitur a procuratore generali omnium negotiorum; & quomodo dicatur dari libera administratio negotiorum. ibid.
 Procuratoris, cui generale mandatum ad administrandas res domini datum est, differentia ab eo, cui generale mandatum ad negotiandum de rebus domini datum est. 485. seq.
 Procurator, qui pecuniam domini in usus suos convertit, gravissimas, i. e. centesimas usuras debet. 185. qui pecuniam domini suo periculo fœnori dedit, an usuras retineat. 166
 Protogare quid. 112
 Protogata jurisdictio. vid. Jurisdictio.

in Provinciis non statim recepta erant, quæ in Urbe singulari ratione constituta fuerant. 282, 424, & 425
 Pubertati proximus quis. 132
 Publica. vid. Communia.
 Publica Jure Civili quot modis dicantur. 16. seqq.
 Publica Jure gentium eadem sunt, quæ Publica, & Juris gentium. 18
 Publica Populi Romana qua ratione dicantur maria, flumina, littora. ibid.
 Publice, i. e. accedente auctoritate publica. 60
 Pugilatus quid. 128

Q.

Quadriga quid. 406
 Quadrupes pecus quid sit in Lege Aquilia. 120
 Quæstor criminis etiam Judex dicitur. 106
 Quæstio de servis in dominos quando, & in quibus causis criminalibus, & pecuniariis haberi possit. 29, 52. seq.
 Qualus quid. 379
 Quamvis particulæ usus. 127
 Quantitatum ususfructus. vid. Ususfructus.

R.

de Raptu virginis transactio, v. Transactio.
 Recuperatores. 92
 Redactus, pro redditu. 391
 Redimere etiam de aliis speciebus redemptionis dicitur, quam quæ pecunia sit. 358
 Reditus pecuniæ, pro usura. 155
 Redituum fundi legatum. vid. Legatum fructus.
 Refugia, pro ambulationibus subterraneis. 363
 Regia Lex. vid. Lex.
 Regulæ Juris. vid. Jus.
 Regula Juris sæpe ponitur uno loco, alio loco consuetudo derogans, vel adversans regulæ, nulla mentione facta regulæ, vel consuetudinis. 6, 7, 9. seq. 449. add. Jurisconsultor. fragm.
 Relegationis duæ species. vid. Exilium.
 Reorum debendi pacta. vid. Pactum.
 Res a lite interdum distinguitur. 427, & 428
 Rerum amotarum actio neque pœnalis, neque famosa est. 502
 Rescindere contractum, quid sit. vid. Contractus.
 Rescindere venditionem. 316
 Rescriptorum, & Constitutionum Principum discrimen. vid. Constitutio.
 Rescripta Principum etiam ad Consilia Provinciarum dabantur. 71
 in Rescriptis quod deest ex Jure recepto intelligendum est. 242. argumenta a contrario, aut consequentia non tuta sunt. 236, 378. add. Argumenta.
 Rescriptum unum interdum in duo distractum in Codice Justin. 219, & 220, 316, 428
 in Rescriptis Principum non solet memorari solum jus strictum, omisso eo, quod æquitate inductum est. 479
 Resolvere contractum. vid. Contractus.
 Resolvere venditionem. 316
 Responsa Prudentum. vid. Juris-Cons.
 Rigor juris. vid. Stricta ratio.
 Rixa quid. 145
 Ruptum in Lege Aquilia quomodo accipitur. 139, 140, 142
 Rupto in Lege Aquilia etiam corruptum contineri disputatio Fori induxit. 139
 Ruptum, siue corruptum, non intelligitur

Lege Aquilia, si damnum non sit datum. 140
 Rusticitas quid, 27. pro culpa lata habetur. ibid.
 S.
 Saltus quid. 269, 355
 Sanguinolenti liberi, & a sanguine qui. 499
 in Sanguine transactio, i. e. in criminibus, quorum poena mors naturalis est. 241, & 242
 Sarra tecta servare quid. 367
 Scævola in Responso quodam videtur a jure recessisse, forte amici gratia. 32. seqq. 474. quando scripserit libros Digestorum. 212. Scævolæ variationes. 244. seq. 373. oratio obscura. 32, 474
 Secundum quid dicta sæpe male simpliciter accipiuntur. 29, 53, 110, 214
 Sed, pro sed & 19, 131
 Sedere in judiciis qui dicantur. 110
 Segnitia quid, 27, 290, & 291. pro culpa lata habetur. ibid.
 Seminarium quid. 356. seq.
 Senatorum usura, vid. Usura.
 Senatusconsultum, vid. Oratio Principis.
 Senatusconsultum de agnoscendis liberis sub Hadriano factum, & Senatusconsultum Plancianum de agnoscendo partu, non coërebant corporali poena patrem filium non agnoscentem. 496, & 497, 500. Vellejanum comprehendit omnes omnino foeminarum intercessiones, non solum fidejussiones, & mutui dationes; & siue mulier personam suam, siue rem pro aliis obliget. 276. seq. Vellejanum cur de intercessionibus foeminarum appelletur, non de earum fidejussionibus, & mutui dationibus. 277
 hæc Sententia vera, vel verior est, formula loquendi Juris, quid significet. 7, 311, 408
 Sententia judicis, vid. Judex.
 ad Sepulcra fundi, aut loci, emebantur a veteribus. 280. add. Mandatum.
 Sepulcris, siue monumentis, dicitur debere iter, aditus, ambitus. 302
 iter ad Sepulcrum, fundo vendito, in quo Sepulcrum erat, olim non habebat venditor, nisi id nominatim excepisset, a quo Jure deinde consuetudine recessum est. 301. add. Iter.
 Sermo veterum non semper accuratus est, & interdum non satis apte coheret. 301, 364, 454
 Sermo magis sensum, quam verba respiciens. 262, 422
 Serraculum 144
 Servianæ, & quasi Servianæ actionis a Prætoribus dandæ æquitas, & necessitas. 284, 453
 Servire dicuntur uxores, filii familias, pupilli. 45
 Servus quando ignoscatur domino in delictis parentibus. 133, 291
 Servorum quæstio, vid. Quæstio.
 Servi non admittebantur ad certamina publica. 129
 c. Servi delicto quando dominus teneatur Lege Aquilia. 133
 Servi stipulatio, vid. Stipulatio.
 Servi librarii, ærienses, mediastini. 370
 Servi stigmatibus inusti. ibid.
 Servorum venalium virtutes titulo plerumque de collo suspensio indicabantur. 320
 Servi ususfructus, vid. Ususfructus.
 Servis necessaria ad victum præbere a Præfecto Urbi cogebantur domini. 374

Servitus qua ratione neque in bonis, neque extra bona esse dicatur. 34, 384. seq.
 in Servitutibus prædiorum constituendis necessaria est utilitas prædii dominantis: quo nomine etiam commodum, amœnitas, & voluptas continentur. 5, 7, 8, 9
 Servitus prospectus. 5
 Servitus prædii an ultra ejus necessitatem extendi possit. 7. seqq. 468
 Servitus servitutis an, & quomodo constitui possit. 8, 34
 Servitus personalis, & obligationis personalis discrimen. 10
 Servitutum, & nominum ususfructus ex Senatusconsulto legari potest; & quid his legatis fructuarius consequatur. 34. seq. 384. seq.
 Servitutis, & ususfructus ex die ad certum tempus, vel conditionem, item alternis annis constituti differentia. 393, 394. seq.
 Servitus a fructuario adquiri non potest; retineri potest, & debet. 368. quæ proprietatem simul, & ususfructum adicit, ne quidem consentiente fructuario a proprietario imponi potest; quæ solam proprietatem, etiam sine fructuarii consensu. 368 & 369
 Servitutes prædio debitas quomodo consequatur fructuarius, vili. Ususfructuarius servitute.
 Servitus quomodo non utendo ad modum amittatur. 402
 Servitus oneris ferendi, & parietis reficiendi ad onera vicini sustinenda, quomodo contra naturam servitutis inducitur. 468
 Servitus, pro pacto convento de imponenda servitute. 9
 Servitus poenæ cur, & qua fictione Juris constituta. 59
 Severitas juris quid, 3. add. Stricta ratio. 39
 Si, pro etsi. 39
 Sicarius, vid. Homicida.
 Sigla veterum, vid. Notæ.
 Siliqua, Siliquaticum. 181, 202
 Silva cædua. 357
 Simplicitas quid. 27. pro culpa lata habetur. ibid.
 Simulatio, vid. Veritas.
 Solarium. 360
 Solum pactum, pro nudo. 226, 453
 Specialiter deferri Magistratui quæ dicantur, vid. Magistratus.
 Species, pro frugibus. 190, 202
 Specierum usura, vid. Usura.
 Specularium usus. 362
 Sponsalia, vid. Nuptiæ.
 Sportulæ, pro muneribus, quæ foeneratores accipiebant ultra legitimas usuras. 202
 Statua, vid. Imago.
 Statuas, vel imagines ponendas legare quid, 154, & 155. poni sæpe testamento jubebant Veteres. ibid.
 Stillicidii varia significatio. 34
 Stipendium quomodo a tributo differat. 361
 Stipulatio Juris Civilis est, ejusque forma, ac solemnitas. 436. forma ejus in quadam parte murata, in ea coepit esse Juris gentium. 437. interdum nexu fiebat per æs, & libram. ibid. subjecta pactis nudis, vid. Pactum nudum, dotis, vid. Pactum tacitum.
 qui Stipulanti per jocum sponderat, ante Edictum Aquilii de dolo, jure civili actione tenebatur sine exceptione; post, exceptionem doli Jure Prætorio opponere poterat. 314, & 315, 509. seq.
 c. Stipulatione sine causa facta agens submoveretur exceptione doli. 315. c. Stipulatione servi duorum dominorum,

vel bonæ fidei possessorum, vel fructuarius, e. re alterius stipulantis, utriusque, & quantum adquiratur. 294, 372. seqq. c. Stipulatione servi fructuarii unius, vel plurium, e. redomini, vel unius fructuarii, vel utriusque stipulantis, cui, & quantum adquiratur. 371, & 372
 Stipulationes personarum conjunctarum an pro sint liberis, qui in eorum potestate non sunt, & vice versa. 479. seqq.
 Stricta ratio, Strictum jus quid. 3
 Stricta ratio, Strictum jus, Rigor juris, non semper notant subtilitatem juris, a qua utilitate, & usu Juris recessum est. 3, 409
 Stricti Juris contractus, vid. Bonæ fidei contr.
 in Stricti juris judiciis Prætor de jure quærebat, non de officiis. 314, 509
 Stulti, pro populo apud Stoicos. 173
 Subscriptiones Legum, vid. Inscriptiones.
 Subsellia, vid. Magistratus municipales.
 Substantia, siue natura contractus, quæ. 445, 466
 Summa culpa, pro lata. 274
 Summatim cognoscere, vid. de Plano.
 Supellectilis omnis suæ legato non continetur supellex testatori pignori data, nisi fiducia contracta dominium pignoris acceperit. 288
 Superlativus interdum non intendit significationem positivi. 182
 Synchysis. 301
 T.
 T. vid. D.
 Tautologia. 56, & 57, 427
 Tectores, & Tectoria parietum apud Veteres. 144, 363
 Tempestatis varia significatio. 57, & seq. de qua Tempestate accipiendum sit pactum de præstando, quod tempestate factum esset. 57
 Tempus Jure Civili non est modus inducendæ, aut finiendæ obligationis, vid. Obligatio.
 Testamentum qui delevit, an, & cui teneatur Lege Aquilia. 140, 141
 Testamentum imperfectum, vid. Princeps.
 Thesaurus a servo fructuario inventus cui adquiratur. 371
 Tonfores Romæ ponebant sellas in publico. 127
 Torus, pro omnis. 138
 Tradere, vid. Dare.
 Traditio ficta interdum naturalis vocatur, quia interpretatione civili pro naturali habetur. 40
 in Traditionibus fictis constituti possessorii præsentia rei non necessaria est. 40, 41
 quasi Traditio incorporalium rerum, vid. Incorporales res.
 Trajectitiæ pecuniæ usura, vid. Usura.
 Transactionis, & Pacti discrimen, vid. Pactum conventum.
 Transigere, & Pacisci plerumque distinguuntur; interdum pro eodem accipiuntur. 237, 427
 de Transactionibus cur non exstet Edictum Prætoris in Digestis sub illo Titulo. 427
 Transactio mutuo consensu perfecta retractari non potest, etiam si postea repta fuerint instrumenta, e quibus liceat, nihil, aut minus debitum fuisse; e falsis instrumentis facta retractari potest. 429. ob metum litis, vel incertum conditionis bona fide facta rescindi non potest. 429. de re certa, aut lite

indefinita, ut re judicata, facta nullius momenti est. 430. de genere, ut hereditate, ad omnes ejus species, siue notas, siue incognitas, pertinet, nec rescindi potest prae-textu speciei post reperta; non ad eas pertinet, quas quis tempore factae transactionis ad illud genus pertinere non potuit scire. 432. de certa re facta ad alias res non pertinet, etsi generaliter dictum sit, nihil amplius peti, nec additum, eo nomine. 432, 433. de fideicommissio testamento non porrigitur ad codicillares, si post transactionem factam reperti sint codicilli. 433. pacto nudo facta exceptionem parit, qua si reus fidem non servans utatur, actori pristina actione agenti replicatio doli mali, vel in factum datur. 456. pacto non nudo, i. e. cui datio, vel factum subest, facta, quam actionem pariat. 456. seq.

Transactionis, in qua interposita est stipulatio Aquiliana, & subsecuta acceptilatio; item ejus, cui addita est stipulatio poenalis, effectus. 457, & 458. 459

Transactionem jurejurando firmatam non servantis poena. 458

Transactio, vel pactum, de omittenda civili, & pecuniaria actione, quae ex delicto privato competit, valet post admissum delictum, non ante. 237, & 238, 460

Transactionis, vel pacti, de omittenda civili actione delicti privati, e quo condemnatum infamia sequitur, quis effectus sit respectu actoris, & rei. 238

Transactio, pactumve, de criminibus publicis, vel privatis, e quibus criminaliter agitur, non valet; sed pro clandestina corruptione habetur. 239, 461

Transactione de crimine accusator nullam habet petitionem, etsi omittenda accusationis causa aliquid a reo stipulatus sit. 240

Transactione de omittenda accusatione criminis facta, poena infligitur accusatori, & reo, & quae. 240, & 241

Transactio in sanguine, i. e. de crimine, cujus poena est sanguis, siue mors naturalis, non valet jure, & sit Lege prohibente; sed reum a poena excusat decreto Principum, ut pro victo non habeatur, vel non incidat in crimen falsi, quod tamen ei non dat jus transigendi. 241, & 242, 243, 246, 461

Transactio non gratuita de crimine capitali non eximit accusatorem poenis legum, siue ante, siue post institutam accusationem facta sit; gratuita pactio ante institutam accusationem eximit. 244, & 245

Transactione de crimine, siue de capitali, siue non capitali, facta, accusator non potest reum reperere; non propter exceptionem transactionis, quae nulla est, sed quia lege prohibetur, ut indignus. 243, & 244. Transactione in sanguine facta, reus ab aliis accusari, vel Magistratus inquisitione uti potest, siue accusatione. 244. de crimine capitali facta, accusator non accipit potestatem impune desistendi ab accusatione sine abolitione. 246. seqq. Transactionis de crimine capitali, cur reo venia detur, accusatori non detur, & qua poena teneatur accusator. 246, & 247, 248

Transactio de adulterio, postquam id capitale factum est, ita potest fieri, ut de aliis criminibus capitalibus; nec non transactio de crimine raptus virginis, & perduellionis. 252, & 253

Transactio de crimine falsi, non permilla est. 253, & 254

Transactione de quibuscumque criminibus, siue sanguinis poenam habeant, siue non habeant, facta, accusator falsi tenetur; reus in iis, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigens in crimen falsi incidit. 243, 253, 461. seq.

Transactio de alimentis ultima voluntate relicta ex Oratione D. Marci non aliter valet, quam si Praetore auctore facta sit; pactio de alimentis donationis causa videtur valere. 462. seq. non generaliter potest fieri, sed specialiter transigi debet de alimentis, de habitatione, de vestiario. 463

Transactionis de alimentis prohibitio pertinet ad ea, quae relicta sunt, non quae inter vivos promissa; & ad futura, non ad praeterita; continetque omnes alios modos, quibus deterior sit causa alimentorum. 463. seq.

Transactio de alimentis irrita est, si Praetor eam permiserit sine causa cognitione, vel non de omnibus inquisiverit, de quibus debet. 464. seq. etiam apud alios Magistratus fieri potest, quam Praetorem. 464. mandari non potest. ibid. sine auctoritate Praetoris facta perinde habetur, ac si facta non esset, & quid inde sequatur. ibid. permilla est sine auctoritate Praetoris, si alimentarius ea conditionem suam faciat meliorem. ibid.

Transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus, etiam non inspectis tabulis testamenti facta, valet. 465, 503

Transactione inter heredem scriptum & legitimum facta, quem, & quibus actionibus convenire possint creditores. 32, 474

Tribonianus Emblemata rejecta, vel probata. 4, 23, 46, 51, 67, 97, 100, 112, 121, 184, 186, 189, 194, 202, 225. seq. 251. seq. 273, 283, 285, 398, 399, 440, 452, 499

Tribonianus notatus. 21, 383, 435, 438, 451. add. Leges fugitivae.

Tribunal, & in eo sella curulis Magistratus jus dicentis. 91. non habebant Magistratus municipales. vid. Magistratus munic.

pro Tribunali, & de plano; item pro Tribunali, & per libellum opponuntur. 91. pro Tribunali cognoscere quid sit, & quae pro Tribunali fiant. 91. seq. pro Tribunali nihil cognosci poterat sine Adfessoribus, siue Consilio; & quomodo Consilium pro Tribunali sederet. 92

Tribunali utebatur mandatarius Jurisdictionis in causis cognitionis. 110

Tributum. vid. Stipendium.

Tutela restitutio quid. 225. de Tutela testamentaria Lex xii. Tab. quomodo sit accipienda. 296

Tutoris datio quo sensu dicatur nec imperii, nec jurisdictionis esse. 81. seq. specialis concessionis est, nec mandari potest, nisi cui Lex, vel Constitutio nominatim permittit. 109

Tutor a quo die, & in quem diem usuras debeat, & differentia Juris veteris, ac novi in ea re. 225. seq. quibus casibus usuras gravissimas, siue centesimas, debeat, & an haec a Justiniano redactae sint ad semisses. 185, 202

Tutorem personae, non rei certae, vel causae dari testamento, quomodo e xii. Tab. confecerint J. Cti. 296

Tutor rei certae, vel causae, dari potest moribus contra regulam Juris. 7. ob levem culpam non remouetur a tutela. 28. ob dolum damnatus infamis est jure naturali, & civili; ob latam culpam nec jure gentium, nec civili. 26. seq. 291. quas res pupili aliena-

re, & de quibus transigere possit. 482

V.

Vacuum ministerium servi quid. 370

Vasa pro omni supellectile, instrumento, & quidquid non est soli. 383

Vel pro &, & etiam. 42, 393, 453. non semper distinguendi vim habet. 458

Vellejanum Senatusconsultum. vid. Senatusconsultum.

Venatio an fructus fundi sit. 355, 356

Venditor, qui simpliciter vendidit, liberatur traditione vacuae possessionis; qui dare spondit, dominium ex Jure Quiritium dare debet; qui habere licere promisit, tantum ad tradendum obligatur. 46. seq. tantum obligatur ad tradendum, non ad dandum, nisi id actum sit. 64. qui certae rei contemplatione rem minoris vendidit, & tradidit, an fide ab emptore non praestita, possit agere ad restitutionem rei traditae. 61

Verbum, pro formula. 285

Verba quaedam rem factam videntur notare, quae conatum tantum, vel potentiam notant, & sine effectu accipienda sunt. vid. Potest.

Vereor ne possit, est, puto posse; vereor ne non possit, puto non posse. 283. add. Dubito.

Veritas non semper refertur ad communem utilitatem societatis, & interdum sine vitio dissimulari potest. 309

Verum, pro aequum. 437

Vestimentorum verus, non quasi usus-fructus est. 35, 383. seq.

Veterum errores. vid. Errores. Sermo interdum parum accuratus. vid. Sermo.

Vi ipsa, pro in effectu. 467

in Via publica quatenus aedificare liceat. 60

Vicarii, & Vices agentes quomodo differant. 102, 107. seq.

Vices agentes interdum pro Vicariis ponuntur. 038

Vicarius Urbis absente Praefecto Urbis, vel eo mandante exercebat merum imperium, & etiam cum Praefecto Urbis cognoscebat. 107. add. Imperium merum.

Vindicatio rei incorporalis etiam possessori datur adversus eum, qui non possidet; non rei corporalis. 412

Viridaria in villis & aedibus. 351, 364

Virtutes omnes Stoici pares faciebant. 48

Vivaria ferarum in fundis, quae & leporearia, non differunt a silvis circumscriptis. 268. seqq.

Unciarium foenus. vid. Usura centesima.

Voluptaris, & Voluptarius. 351

Voluptaria praedia. ibid.

Urbana praedia, & Urbanae habitationes, pro iis, quae in Urbe Roma, ejusque territorio sunt. 424

Usura antiquis dicebatur cujuscumque rei usus, consuetudine etiam pro foenore accipi coepit. 153

Usura pro pecunia, aut frugum, non pro corporum usu praestatur. 153. seq.

Usurae variae appellationes. 153, 155

Usura, siue foenus, quid sit, & pro quo detur. 156. non tantum in credita, sed etiam in alia materia pacto constitui potest. 156, 200

Usurae, siue foenoris, cur certum ac proprium contractum non fecerint Veteres J. Cti. 155, & 156

Usura appellatur poena, ratione debitoris, cujus mora coercetur. 156, & 157, 161. id

- id quod interest, ratione creditoris, qui
damnum ex mora patitur, ibid. in spe-
cie usura, ac fœnus, si ad luctum credi-
toris respiciat, & ex die interpositæ sti-
pulationis debeat. ibid.
- Usura ex mora debitoris, item ejus, quæ
creditoris luctum spectat, & ex die con-
ventionis debetur, æquitas jure naturæ,
& gentium, 160. seq.
- Usura in speciebus credendis locationi
conductioni comparatur, eademque
illius est æquitas, quæ locationis, nec
natura ab ea differt. 162. seqq.
- Usura a quibus damnata fuerit. 158.
174. immodica recte improbat. 168
- Usura prohibitio Lege Mosaica est Juris
Civilis Hebræorum, non Juris gen-
tium, & tantum inter Hebræos, non in-
ter peregrinos & Hebræos locum ha-
buit. 168. seqq.
- Usura Lege Christi non prohibita fuit in-
ter Hebræos, & peregrinos, nec prohi-
betur inter Christianos, quorum legi-
bus civilibus permixta est. 172.
seqq.
- Usura varius modus, & ratio in Repu-
blica Romana, & multæ de ea leges fu-
erunt, quæ tantum ad Cives Rom.
pertinebant, non ad Cives & socios,
aut peregrinos. 169. 183
- Usuras civiles numquam prohibuit Justi-
nianus. 174. & 175
- Usura Jure Canonico prohibita, cujus
eludendi multæ rationes repertæ sunt.
175
- Usuram modestam nonnumquam exigi
posse, etiam Juris Canonici Interpretes
admittunt. 176
- Usuras an Jure Civili magis debeat, qui
creditoris inviti, vel fœnerandi propo-
situm non habentis, pecunia usus est,
quam qui volentis, vel fœnerandi pro-
positum habentis. 176
- Usura plerumque in menses singulos
promitti, & kalendis exigi solique so-
lebant. 178. seq. universæ interdum
annua die solvebantur, & stipulatio
quoque in singulos annos, non menses
fiebat. 179
- Usurarum solvendarum dilatio an a Ka-
lendis ad Idus fuerit data. ibid.
- Usura centesima, quæ etiam usura assis
dicitur, quæ sit; & ratio horum nomi-
num. 180. seq. posterioribus tempo-
ribus auctorior erat, quam ante, retento
veteri nomine. 181. dicitur legitima.
182, 186. maxima, & gravissima. 182.
187. sanguinolenta. 184, 201. quo
Jure & quando constituta sit. 184
- Usura legitima interdum etiam dicitur
ea, quæ levior est centesima, nempe so-
lita pro more regionis. 185
- Usura centesimæ & unciarum fœnoris dis-
crimen. 183. Usuras centesimas ante
Justinianum cuilibet stipulari licebat
Jure Civili, non majores; quæ si solu-
tæ fuissent, sortem minuebant, & ea so-
luta, repeti poterant. 181. & 182. U-
suris centesimis in stipulationem de-
ductis non licebat Judici eas reducere
ad morem regionis. 182
- Usurarum modus in bonæ fidei judiciis
ex more regionis constituitur officio
Judicis, qui centesimam numquam
egredi debet; & certis casibus tantum
ad eam adscendere potest. 184. seqq.
202. add. Negotiorum gestor, Procu-
rator, Tutor.
- Usura centesimæ, quas Lex quibusdam
casibus voluit adjudicari a Judice, an
Constitutione Justiniani sint redactæ
ad semisses. 202. seq. non debentur e
locatione. 186
- Usurarum modus, quæ in bonæ fidei ju-
diciis, & aliis quibusdam officio Judi-
cis debentur e pecunia credita, cur non
sit infinitus, si referatur ad id, quod in-
terest: secus quam in corporum æsti-
matione, & pecunia certo loco promif-
sa. 186. seqq.
- Usuris pecuniæ trajecituri certus modus
præfinitus non erat, qui etiam duas
centesimas egredi poterat, sed a Justi-
niano ad unam centesimam redactus
est. 188. & 189, 201, & 202
- Usura majores legitimis debentur e
quibusdam conventionibus, ubi peri-
culum ad creditorem pertinet. 190.
specierum graviores sunt centesimis.
191, 200, 202.
- Usura rei judicata interdum erat duplex
centesima; & quid de ea statuerit Ju-
stinianus. 191, 203 Usura centesima
duplex interdum pœnæ publice infli-
gendæ nomine imponebatur. 191
- Usura fisci, vid. Fiscus.
- ab Usurarum legitimo modo an excipia-
tur antichresis. 192. seq. add. Anti-
chresis. Usurarum legitimum modum
sæpe egrediebantur fœneratores, tam
manifeste, quam recte. 198. seqq.
- Usura loco pœnam stipulari supra legi-
timum modum usura non licet.
199
- Usuris supra legitimum modum promif-
sis, id tantum peti potest, quod intra
modum est; quod supra est, pro nullo
habetur. 200, 202
- Usura supra legitimum modum soluta
quomodo reperantur. 200
- Usurarum illicitarum pœna quadrupli.
200, 202
- Usura omni olim interdictum erat Sena-
toribus, deinde ad semisses admissi. 193,
& 194
- Usurarum modum pro conditione per-
sonatum finivit Justinianus: trientes
Illustribus; besles negotiatoribus; re-
liquis semisses. 201
- Usura minores centesimis, sive assibus
usuris, dicuntur a partibus assis, ut
quadrantes, trientes, &c. 181. quædam
modicæ, civiles, modestæ; quædam le-
vissimæ; quædam minimæ dicuntur.
182, 201. seq.
- Usura civitatum redactæ ad semisses.
194
- Usuras trientes dotis promissæ interdum
debet extraneus, & rerum quarum-
dam dotialium maritus. 203
- Usura causa duplex est, obligatio, & offi-
cium Judicis: quarum illa e testa-
mento, vel e conventionione oritur.
204. e conventionione in stricti juris
contractibus ex stipulatione debentur,
non e nudo pacto; e quo tantum reti-
neri, non peti possunt. 204. e nudo pa-
cto debentur argentariis, civitatibus,
his qui pecuniam trajecituri dede-
runt, & qui frumentum, vel hordeum
mutuum dederunt. 66, 206, 452
- Usuris e consensu aliquamdiu solutis,
non constituitur obligatio in futurum
ad eas præstandas. 205. seq.
- Usurarum stipulatio, non expresse certo
modo earum, inutilis est Jure Civili,
præterquam ab argentariis facta. 207.
seq. Usura stipulatione promissæ, si pe-
cunia sua die non solvatur, post diem
etiam sine interpellatione debentur;
nisi debitori nihil imputari possit. 208.
utrum tantum ex mora, an etiam ante
debeantur 208, & 209. seqq. Usura
ut currant ex die contractus specialiter
in contrahendo exprimendum est. 208
210
- Usura ex mora olim ne quidem in bonæ
fidei judiciis sine stipulatione debeba-
tur. 97, 160. seq. 211. seqq. ut ex mo-
ra in societate deberetur, Labeo pri-
mum videtur tentasse, & quo colore,
ibid. 447. ut in omnibus b. f. judiciis
ex mora Officio Judicis debeat, 10
- a Principibus, ac fortassis Constitu-
tione D. Pii inductum est, nec debetur
differentiæ formularum bonæ fidei, &
stricti juris judiciorum. 97, 160, 212,
447. 469. in b. f. judiciis ex pa-
cto contractui in continenti adjecto
etiam ante moram debetur. 210, &
211
- Usura in legatis & fideicommissis de-
bentur ut in b. f. judiciis; & disci-
men in ea re legati per damnationem
relicti, & aliorum legatorum. 213.
seqq. debentur Civitatibus ex nudo
pacto, & pollicitatione. 206, 215. U-
suras ex mora debent Civitates. 215.
- Usura in bonæ fidei judiciis, & quæ
his exequantur, ante moram non vi-
dentur deberi Officio Judicis 215, &
216. in b. f. judiciis officio Judicis de-
bentur usque in diem condemnationis;
nec potest judex reum cogere, ut ca-
veat de præstandis usuris post tempus
judicati. 220, & 221
- Usura rei judicata quando ipso jure cur-
rere inceperint. ibid.
- Usura non promissæ in stricti juris ju-
diciis non debentur Officio Judicis, ne
quidem post litem contestatam. 221.
in arbitrariis judiciis Officio Judicis
numquam debentur quasi usura, sed
interdum tamquam id, quod interest.
222
- Usura quando sine interpellatione de-
cebeantur ex mora vid. Mora.
- Usura cui debeantur, si procurator pecu-
niam domini sub usuris crediderit,
quam dominus sine usuris credi vole-
bat; item si domini pecuniam suo pe-
riculo fœneret. 166. cui debeat, si
socius communem pecuniam fœnera-
verit. 166, & 167
- Usura fructuum ex re singulari sive an-
te, sive post litem contestatam percep-
torum, non debentur. 197. fructuum
ante, vel post hereditatem petitam per-
ceptorum, quatenus debeantur a bonæ
fidei, aut malæ fidei possessori. 197.
seq.
- Usurarum solutio in futurum, quam vim
habeat. vid. Pactum tacitum.
- Usura usurarum, vid. Anacrisimus.
- Usura tolluntur iisdem modis, quibus ob-
ligatio ipso Jure extinguitur. 222
- Usura præterita, quæ e conventionione de-
bentur, non tolluntur solutione sortis;
& quando ex, quæ officio Judicis de-
bentur, tollantur. 222, & 223
- Usura tolluntur oblatione, obfignatione,
& depositione sortis & usurarum, &
quæ circa hæc observandæ sint. 223.
seqq. non tolluntur, si debitor eam pe-
cuniam rursus ad se receperit. 224.
- Usura ex mora debita, sive stipulatio-
ne, sive Officio Judicis, an sola obla-
tione sine obfignatione & depositione
tollantur. 225. seqq. in antichresi an
sola oblatione sistantur. 226. & 227.
frugum tolluntur sola oblatione. ibid.
an, & quomodo tollantur obligatione
principali per præscriptionem tempo-
ris sublata. 227
- Usuris pacto convento, sive tacito, sive ex-
presso, remissis, debitor liberatur per
exceptionem. 227, & 228
- Usuras majores stipulatus si longo tem-
pore minores acceperit, an deinde præ-
teritas petere possit. 227. seq.
- Usuras qui omisit ex liberalitate, an de-
inde præteritas petere possit. 228
- Usura tolluntur, si ad duplum sortis per-
veniant: qua ratione duplum compu-
tetur; & quomodo olim hoc jus elu-
sum fuerit. 228. seq.
- Usura per intervalla soluta, olim non
putabantur excedere duplum. 229
- Usus, pro servitute personali. 10

Ufus, pro usufructu: usufructuarius, pro usufructuario. 372
 Usus legatum in quibus conveniat, ac distinguatur a legato habitationis. 34, & 55
 Usus a fructu distincti legato quid contineatur. 390, 391
 Usu concessio non conceditur dominium. 288
 Usufructus, pro servitute personali. 10
 Usufructus definitio exposita. 339, seqq. lata significatione etiam de rebus propriis potest dici; usu Juris restringitur ad res alienas; & cur 339, 341. in actione confessoria, in rei vindicatione, in iudicio familiaris eriscundae, & communi dividundo, neque dominium rei, neque pars rei est, subtilitate juris. 341. in legatis, stipulationibus, ceterisque contractibus, dominii loco habetur, & continetur nomine fundi, contra subtilitatem juris. 341. seq. interdum dominii nomine venit; dominium usufructus nomine numquam. 342
 Usufructuarius dominus est usufructus, quatenus usufructus jus est. 342. naturaliter possidet, id est, tenet rem fructuariam. 343 & 344
 Usufructus etiam pignori dari, precario concedi, & donari, item vendi, & locari potest: ita ut jus apud fructuarium maneat, perceptio fructuum ad alium veniat. 343
 Usufructuarius non solum uti, sed etiam frui dicitur re fructuaria: quid utrumque sit; & quam vim habeat conjunctio utendi fruendi. 340, 343. seq. 344. cum uti frui dicitur, cum ipse percipit fructus, non cum alius. 345
 Usufructu continentur etiam adminicula necessaria ad utendum fruendum, jura, servitutes, & instrumenta, sine quibus fructus percipi non potest. 343. seq. 358. seqq. 362
 Usufructuarius rem fructuariam corrumpere non potest: deterius facere usufructu potest, modo utatur boni viri arbitratu. 344. non potest meliorem facere rem fructuariam, si ea non ad modum domini, & rei conditionem utatur. 344, 351, 353. seq. 363. seqq. rem fructuariam tueri, & impensas necessarias, & onera ferre debet. 345, 360. seqq. 367, 374. seq. habet omnes fructus, quos stantes, aut pendentes invenit, cedente die legati usufructus. 345. an, & quatenus ad heredem transmittat pensionem fundi fructuarii locati, vel mercedem operarum servi fructuarii, si antequam pensio solvatur, aut locatio operarum finita sit, moriatur. 346
 Usufructus legati, & legati annui discrimen. 346
 Usufructu finito, fructuarius restituit, quod inde exstabit, nec opus est id juberi a testatore: qui si jubeat, nihil agit. 347
 Usufructus Jure Civili constituitur in corporibus quibuscumque, sive mobilibus, sive se moventibus, sive immobilibus, & sive praesens sit fructus, sive futurus. 347. etiam in corporibus, quae tantum oblectationem adferunt, ut statuis, imaginibus, numismatibus veteribus, et si plus oneris, quam lucri habeant. 263. 348. seqq.
 Usufructu fundi legato fructuarii sunt omnes fructus, sive facti ipsius proveniant, sive sponte, etiam immaturi. 350. fructuarius etiam ejus servitutibus uti frui potest. 351, & 352. praedii voluptatis legato, fructuarius non potest de jure instrumenta amoenitatis, ut reponat, quae ad redditum spectant.

351.
 Usufructu fundi legato quatenus fructuarius metalla a testatore instituta exercere, vel nova instituere possit. 266. seqq. 352. seqq. fructuarius habet usufructum omnium partium fundi, etiam alluvionis; non insula juxta fundum in flumine natae. 354. continetur etiam usufructus instrumenti fundi, etsi non est pars fundi; secus quam in fundo legato; item usufructus apum. 354. & 355, 356. quem quantum, redditumve habeat fructuarius ex venatione, aucupio, vel piscatione, si vivaria, ornithones, aut piscinae in fundo sint. 268. seqq. 355. seqq. quomodo fructuarius possit uti seminario, saliceto, arundineto, silva palari, silva caedua. 356. & 357. seq. fructuarius debentur etiam adminicula, ut aditus per fundum hereditarium, & per fundum tertio legatum, & quomodo eum consequatur: item aditus per fundum cujuscumque vicini, & quae ratione hoc contra regulam juris consuetudine sit inductum. 358. seqq. fructuarius onera fundi sustinere debet, & quae ea sint. 360
 Usufructu domus, aut aedium, omnium partium earum usufructus continetur, etiam instrumenti. 361, & 362
 Usufructum domus habens ad quem modum, & finem ea uti frui debeat, & an lumina nova immittere, & nova ornamenta domus instituere possit. 362. seqq. nihil potest ex ejus forma ac specie mutare, ut diapas transformare, conjungere, vel separare, &c. 363. & 364. non potest novum rivum parietibus imponere, nec aedificium inchoatum consummare, exceptis quibusdam casibus in aedificio. 271, 365. non potest ibi meritoria, sive divertoria facere, nec domum in coenacula divisam pluribus locare. 366. seq. Usufructum domus habens, cum locare, vel vendere potest: sed ita ut domum det utendam boni viri arbitratu. 365, & 366. onera domus sustinet, & quae illa sint. 367. damni infecti vicino cavere debet, nisi usufructum derelinquere velit, & ipse utiliter a vicino stipulatur, & quae sit hujus juris ratio. 367
 Usufructu servi legato acquiritur fructuario, quidquid ille ex suis operis, vel re fructuarii acquirit, & ad quem modum operis servi uti debeat. 369. seq. item, quod fructuarii contemplatione servo donatum, legatumve fuerit: & an etiam thesaurus a servo inventus, & partus ancillae. 371. quatenus adquiratur fructuario e stipulatione servi, vid. Stipulatio servi.
 Usufructum servi habens etiam onera ejus sustinet, & quae illa sint. 374
 Usufructum pecoris habens, quem fructum illius percipiat, & quam curam illi adhibere debeat, ibid. unus, aut certorum capitum habens, his demortuis nova substituere non cogitur. 374. seq. gregis habens, substituere debet ex agnatis capitibus, & efficere, ne pereat, aut minuat universitas: & quid si capita agnata non sint. 375
 in Usufructu gregis capita substituta cujus sint ante, & post substitutionem. ibid.
 Usufructuaria cautio Edicto Praetoris constituta, est satisfactio. 375, 376. pertinet ad Usufructum quocumque modo constitutum; item ad habitationem, usum, operas, & alia quaedam. 375, & 376
 Usufructuariae cautionis duae sunt clausulae, & quando haec committantur. 376. posteriore clausula continetur etiam aestimatio, si res dolo malo, aut culpa,

aut post moram fructuarii exstare defuerit. 377. Usufructuaria cautio cui praestetur. 377. Usufructuariae cautionis neque prior, neque posterior clausula testamenti, vel pacti heredis, aut alterius domini Usufructum tradentis, remitti potest. 378. seq. 302
 Usufructuario satisfacere non volenti, aut fidejussorem, qui pro eo satisfaceret, non inveniendi non datur actio de Usufructu ex Edicto. 378, 379. seq.
 Usufructuaria cautio remittitur ei, cui proprietates ex die, usufructus pure legatus est. 380. remittitur patri habenti usufructum in peculio adventitio filii familias: non matri ad secundas nuptias transeunti. 380. quae praestetur in quantitatibus, servitutibus aut nominum usufructu. 381, 384. seq.
 Usufructus olim non poterat constitui in quantitatibus & juribus, quod deinde Senatusconsulto mutatum est. 349, 381, 384
 Usufructus quantitarum, sive quasi usufructus, quando Senatusconsulto inductus, & quot hujus Senatusconsulti capita fuerint. 381. seq. quasi usufructus, & veri usufructus differentiae. ibid. constitutus est remedio cautionis, quod non Prudentibus, sed verbis Senatusconsulti debetur: eaque cautio a testatore remitti non potest: alii, quam fructuario imponi potest. ibid. cur nomine Usufructus appelleretur. 382. constitutus est in rebus, quae ipso usu statim esse desinunt, vel utendo in aliud nomen transeunt. 382. seq. non est in rebus mobilibus, licet usu terantur, ut valis. ibid. neque in vestimentis. 383. seq.
 Usufructus jurium, i. e. servitutum, & nominum, itemdem Scto inductus est, & quae in eo cautio praestetur. 384. seq.
 Usufructu omnium bonorum legato post Sctum etiam quantitates, & jura comprehenduntur, Falcidia detrahitur, & aes alienum deducitur. 289, 386. seq.
 Usufructus universorum bonorum, & singularum rerum, quae in bonis sunt, legati discrimen. 386. & 387
 Usufructu omnium bonorum legato non comprehenduntur futura. 387
 Usufructus rerum omnium, & praeterea proprietatis rei certae legatum, quid differat a legato usufructus aestimationis rerum omnium, & insuper proprietatis rei certae. 388
 Usufructum tertiae partis bonorum, aut rerum, cur magis memorent Jurisconsulti, quam dimidia, aut alterius partis. 289, 386, & 387
 Usufructus partis bonorum legatum an differat a legato usufructus partis rerum, quod ad actiones, quae defuncto adversus alios, vel aliis adversus eum competunt. 290, 386. seq.
 Usufructu certarum rerum legato non computatur quod in actionibus est, nec aes alienum deducitur. 290, 387
 Usufructus olim constituebatur voluntate domini, & sententia Judicis; Jura novo etiam lege constituitur. 389. per legatum constituendi varii modi. 390. seq.
 Usufructus legatus nec morte testatoris, nec adita hereditate intelligitur cedere. 369
 Usufructus per legatum damnationis & vindicationis constituti differentia Jure Veteri. 389, 390
 Usufructus legatus censetur, si fructus annui legati sint per vindicationem, non si per damnationem. 391
 Usufructus Jure civili fideicommissio constitui non potest, constitutus Jure Praetorio servatur. 390, 400
 Ddd
 Usu-

- Ususfructu non integris verbis legato, ut si
legetur fructus, vel fructus deducto u-
fu, vel usus sine fructu, &c. quid juris
sit. 390, 391
- Ususfructus etiam constituitur pactioni-
bus, & stipulationibus, sequente quasi
traditione Jure Prætorio, vel in jure
cessionem Jure civili. 392, 399
- Ususfructus præsens, vel ex die constitui
potest tam testamento, quam conven-
tione. 393
- Ususfructus ex die constituti, & servitutis
ex die constitutæ discrimen. 393
- Ususfructus servitutis, vid. Servitus. U-
susfructus sententia Judicis constitui-
tur in judiciis divisoriiis. ibid.
- Ususfructus lege constituti differentia ab
aliis ejusdem speciebus. 393, & 394.
in quibus bonis liberorum Jure novo
parentibus lege constituatur. ibid.
- Ususfructus quibus modis tollatur. 394,
ad certum tempus, vel conditionem
constitutus, tempore, vel conditione
existente, finitur ipso jure, contra quam
servitus. 394, & 395
- Ususfructu ad certum tempus, vel condi-
tionem constituto, quam alius, quam
fructuarius, debet implere, si is decesse-
rit, non impleto tempore, aut conditio-
ne, quid juris. 395. seq. alternis annis
constituto quid consequatur fructua-
rius. 395
- Ususfructus a testatore apud heredem
manere jussus, fundo alteri legato,
quando extinguatur. 396, & 397. quo-
modo morte fructuarii finiatur. 397.
populo, aut civitati datus finitur post
centum annos: ejusque differentia
a legato annuo. 397. seq. Jure veteri
amittebatur omni capitis deminutio-
ne, Jure novo tantum maxima, & me-
dia amittitur; & ejus rei ratio. 398.
seq. alius ipso Jure constituitur, alius
tutione Prætoris. 396, 399. non u-
tendo per constitutum tempus quo-
modo amittatur. 399. in re immobili
Jure veteri amittebatur non utendo
per biennium; in re mobili per annum:
Jure novo tam in re immobili, quam
mobili amittitur non utendo per de-
cem annos inter præsentes, per viginti
inter absentes. 399, & 400, 402
- Ususfructus actiones tam in rem, quam
in personam, pereunt eodem spatio
temporis, quo ususfructus non utendo
amittitur. 400
- Ususfructus per fideicommissum consti-
tutus, Jure civili perit morte, aut capi-
tis minutione legatarii; Jure Præto-
rio servatur fideicommissario, ejusque
morte, capitis minutione, & non usu a-
mittitur. 400. per servum domino ad-
quisitus, tollitur e persona domini:
per filium familias patri adquisitus, e
persona utriusque 400. per servum ad-
quisitus, servo pro parte alienato, qua-
tenus amittatur, aut retineatur. 400, &
401. non statim amittitur non utendo
per modum: sed fructuarius non u-
tens ad modum a domino prohiberi
potest uri frui, nec ante amittit usum-
fructum, quam si prohibitorio duraverit
per id tempus, quo non utendo amitti
solet ususfructus. 401. seq.
- Ususfructuarius non utitur per modum,
qui non utitur ad modum a domino
palam præscriptum; vel qui, si modus
præscriptus non sit, non utitur ad mo-
dum patrisfamilias, sive arbitratu viri
boni. ibid.
- Ususfructus Jure veteri amittebatur in
jure cessione, sive domino proprietatis
cessus fuisset, sive extraneo. 403. seqq.
amittitur consolidatione, sive confu-
sione, & quæ ea sit. 405. amittitur in-
teritu, sive mutatione rei, quæ for-
mam, ac nomen rei mutat. 405. seq.
ita amittitur rei mutatione, ut omnium
partium ususfructus pereat. 406 a-
missus mutatione rei, ea intra tempus,
quo ususfructus non utendo extingui-
tur, ad priorem formam reversa, resti-
tuitur; post, nova cessione opus est.
406, & 407, 408
- Ususfructu amisso mutatione rei ex facto
propriarii, qua actione is fructuario
teneatur ad renovationem. 407
- Ususfructus mutatione formæ amissus
non restituitur, instauratione speciei
novæ, & priori similis: ut si domus,
cujus ususfructus legatus fuerat, colla-
psa, vel incensa, ac restituta sit.
407
- Ususfructus domus, aut navis legata non
restituitur, si domus a testatore demo-
lica, vel navis dissoluta sit, eo animo,
ut non restitueretur; et si mutato con-
silio ex eadem materia rursus domum,
aut navem fecerit testator: si eo ani-
mo, ut restitueretur, dubium fuit inter
Veteres, an restitueretur ususfructus.
407. seq. agri a mari, aut flumine in-
undari quando restituantur. 408. seq.
sive constitutus traditione, sive non-
dum traditus, amittitur capitis minu-
tione, & inusu, si dies cessit; si dies non
cessit, non amittitur; & quid juris sit,
si ante, vel post quam dies cesserit, fru-
ctuarius moriatur, vel res mutata sit.
410. seq. a testatore repetitus, capitis
minutione, aut inusu, non amittitur;
& quomodo fiat ejus repetitio. 411.
non amittitur mutatione domini. 411,
& 412. vindicatur actione confessoria
in rem, ab eo, cui a domino constitu-
tus est, adversus quemcumque rei fru-
ctuariæ possessorem. 412. seq.
- in Ususfructus actione quid veniat offi-
cio Judicis. 413
- Ususfructuarius servitutes prædio fructu-
ario debitas per consequentiam vin-
dicati ususfructus consequitur: vel
procuratorio nomine vindicat, quo &
novum opus nunciare potest. 412, 414.
magis tenet rem fructuariam, & in ejus
possessione est, quam eam possidet.
415
- Ususfructuario datur Interdictum Unde
vi, & Uti possidetis, non ex verbis, sed
ex mente Edicti. 415
- Uti, & autem Uti, & aut permutantur.
12, 50, 301
- Uti sæpe omittitur. 301
- Uti quid sit, & quomodo distinguatur a
frui. 340, 342, & 343. seqq.
- Utiliter agere, pro utili actione agere.
325



INDEX LEGUM, LOCORUMQUE

Quæ in Corpore Justiniani, in Codice Theodosiano, in
Fragmentis Istorum Veterum, & Basilicis illu-
strantur, explicantur, aut emendantur.

Ex Institutionibus.					
§. 11. de Jure natur. gent. & civ.	46	l. 21. §. 2. cod.	478	§. 3. cod.	364
pr. de Nupr.	507	l. 23. cod.	7,486. seq.	l. 9. §. 1. cod. 19. 352, 356. §. 2. 3.	
§. 4. Qui testament. tutor. dar. poss.	6	l. 25. pr. cod. 487. §. 2. cod.	487.	cod. 266, 352. §. 4. cod. 354. §. 6.	
§. 4. de Atriliano tutore.	109	l. 27. pr. cod. 487. seq. §. 1. cod. 486.		7. cod.	356. seq. 401
§. 2. de Suspect. tutorib.	274	§. 2. cod. 436, 472. §. 3. cod. 467.		l. 10. cod.	356. seq.
§. 6. cod.	27	seq. 486. §. 4. cod.	431, 461	l. 12. pr. cod. 360. §. 1. & ult. cod.	345
§. ult. cod.	316	l. 43. cod.	469	l. 13. pr. cod. 378. seq. 502. §. 4. cod.	351. §. 5, 6. cod. 286. seq. 352. seq.
pr. §. 1. & seqq. de Rer. Division. 13. &		l. 46. cod.	379	§. 7. cod. 344, 362. seqq. §. 8. cod.	366
14. 18. seqq.		l. 48. cod.	451		
§. 23, 24. cod.	4, 410	l. 57. pr. cod.	156, 426	l. 14. cod.	353, 366
§. 35. cod.	41	l. 58. cod.	446	l. 15. §. 1. cod. 370, 401. §. 4. cod.	35, 293, 383. §. 6. cod. 362. §. ult.
§. 2. de Usufructu.	383. seqq.	l. pen. cod.	447	cod.	368. seq.
§. 3. cod.	401, 405. seq.	l. ult. cod.	486	l. 16. cod.	ibid.
§. 4. de Donation.	404	l. 1. de Transactionib.	237, 427. seq.	l. 17. pr. cod. 368. §. 1. cod.	126
pr. de Milit. testament.	293	l. 3. pr. cod. 33. seq. 476. seq. §. 1. cod.		l. 19. pr. cod.	389
§. 4. de Hered. qual. & differ.	25	433.		l. 20. cod.	11, 391
§. 3. de Verbor. Obligation.	449	l. 5. cod.	ibid.	l. 25. §. 6. cod. 294, 372. §. ult. cod.	369
§. 6. de Mandat.	75	l. 6. cod.	465, 503	l. 26. cod.	346
§. 2. de Actionib.	412	l. 8. pr. §. 1. & seqq. cod.	462. seq.	l. 27. §. 2. cod. 370. §. 3. cod. 360.	
§. 6. de Interdict.	19	l. 9. pr. cod. 431. §. 2. cod. 459. §. ult.		l. 28. cod.	262, 348
§. 4. de Public. judic.	251	cod.	431	l. 29. cod.	386
§. 6. cod.	23	l. 12. cod.	433	l. 34. §. ult. cod.	387
E Digestis.		l. 14. cod.	32, 474	l. 41. pr. cod.	348
l. 1. §. 2. de Justit. & Jure. 298, 434. §. 3.		l. 1. de His qui not. infam. 26. seq. 317		l. 42. pr. cod. 340, 390. seq. §. 1. cod.	388
cod.	12	l. 4. §. ult. cod.	317	l. 44. cod.	353
l. 10. pr. §. 1. & 2. cod. 48. seq.	506	l. 6. §. 7. cod.	27	l. 48. §. 1. cod.	350
l. 2. §. 29. de Origin. Jur.	93	l. 35. pr. & §. 1. de Procuratorib.	293	l. 56. cod.	397
l. 1. de Legibus.	507	l. 58. cod.	484. seqq.	l. 58. pr. cod. 346. §. 1. cod.	391
l. 7. cod.	506. seq.	l. 60. cod.	485	l. 59. pr. cod.	360
l. 20. cod.	260	l. 73. cod.	226	l. 61. cod.	271, 365
l. 30. cod.	460	l. 6. pr. de Negor. gest. 56. §. 3. cod.		l. 62. pr. & §. 1. cod. 269, 339, 355.	
l. 1. pr. & §. 1. de Constitut. Princ.	260	l. 7. cod.	211. seq.	l. 69. cod.	375
l. 3. de Statu homin.	24	l. 34. cod.	440	l. 71. cod.	406
l. 2. pr. de Division. rer.	14, 18. seq.	l. 38. cod.	185	l. 1. pr. & §. 1. Quib. modis usufr. vel	
l. 4. §. 1. cod.	19	l. 1. §. 2, & 3. de Calumniatorib.	247	usu amitt.	392, 398, 410
l. 5. pr. cod.	18	l. 21. §. 3, 4. quod metus caus.	334	l. 4. cod.	400
l. ult. de Offic. Præf. Vigil.	37	l. 1. §. 2, 3. de dolo malo.	309. seq.	l. 5. §. 1. cod. 400. §. 3. cod.	407
l. 2. §. 1. de Offic. Procons.	108	l. 7. pr. cod.	459	l. 10. §. 1. cod. 407. §. 7, 8. cod.	408
l. 3. cod.	ibid.	l. 18. §. 2. cod. 407. §. 3. cod.	98, 330	l. 11. cod.	408
l. 6. pr. cod.	106	l. 1. pr. de Minorib.	329	l. 19. cod.	411
l. 1. pr. de Offic. ejus cui mand. est juris-		l. 9. §. ult. cod.	423	l. 23. cod.	408
dict. 105. seqq. §. 1. cod. 103. seq.		l. 11. pr. cod.	98	l. 24. pr. cod.	409
l. 2. pr. & §. 1. cod.	100. seq. 214	l. 16. §. 1. cod.	ibid.	l. 1. de Usufruct. ear. rer. quæ usu con-	
l. ult. §. 1. cod.	103	l. 37. §. 1. cod.	317. seq.	sum.	382. seq.
l. 3. de Jurisdic.	82, 84. seq. 443	l. 38. pr. cod.	507	l. 3. cod.	385
l. 4. cod.	83	l. 10. de Capit. minut.	217	l. 4. cod.	ibid.
l. 12. cod.	126	l. 4. §. 3. de Alienation. judic. mut. ca.	398, 436	l. 6. pr. cod.	341
l. 13. §. 1. cod.	13	fact.	291	l. ult. cod.	342
l. 18. cod.	113, 114	l. 34. pr. de Recept. qui arbitr. rec.	488	l. 1. §. 1, 2. si Usufruct. per.	359
l. ult. cod.	114	l. ult. §. 1, & 6. Naut. caup. stabul.	286	l. 2. cod.	369
l. 22. §. 1. de in Jus vocand.	422	l. 1. de Judiciis.	112, 114	l. 3. cod.	400
l. 1. §. 1. de Edendo.	422	l. 2. §. 1. cod. 112. seqq. §. 2. cod. 97.		l. 5. §. 1, & 3. cod.	412. seq.
l. 1. pr. de Pactis. 462. pr. & §. 1, 2, 3.		§. 6. cod.	297	l. ult. cod.	413
cod.	422	l. 7. cod.	113	l. 10. pr. de Usu & habitat.	54. seq.
l. 2. pr. & §. 1. cod.	422	l. 12. §. 1. cod.	111	l. 14. §. 1, 2, 3. cod.	390. seq.
l. 4. pr. cod. 424. §. 2. cod. 425.		l. 23. cod.	96	l. 1. pr. §. 3. & seqq. Usufructuar.	
§. ult. cod.	425	l. 32. cod.	97	quemadm. scav. 375. seqq. §. 5, 6.	
l. 5. pr. & §. 1. cod. seqq. 448, 451		l. 41. cod.	220	cod.	402
l. 6. cod.	435, 438, 451. seq.	l. 68. cod.	265	l. 3. pr. cod.	376
l. 7. pr. §. 1. & 2. cod. 438. seqq. §. 3,		l. 70. cod.	ibid.	l. 5. pr. cod. 377. §. 2. cod. 391. §. 1.	
4. cod. 441. §. 5, 6. cod. 185, 443.		l. 75. cod.	89	cod.	55, 376
seqq. §. 7. cod. 238, 459. seq. §. 8.		l. 27. pr. de Inoffic. testam.	457	l. 6. cod.	376
cod. 430. §. 9. cod. 310, 459. §. 10.		l. 25. §. 11. de Hereditat. petit. 14. seq.		l. 9. §. 1. cod. 398. sub fin. §. 3. cod.	
cod. 317, 443, 459. §. 11. cod. 459.		l. 51. §. 1. cod.	197	l. ult. cod.	344
§. 12. cod. 430, 442. §. 13. cod. 460.		l. 27. §. 1. de Rei vindicar.	413	l. 4. pr. de Servitutib.	393, 394, 449
§. 14. cod. 238, 461. §. 15. cod. 463.		l. 62. pr. cod.	167	l. 8. pr. cod.	5, 6
§. ult. cod.	472	l. 11. §. 1. de Publician. in rem action.		l. 15. pr. cod.	5
l. 10. pr. cod.	472, & 473		392. seq.		
l. 12. cod.	483	l. 2. de Usufructu.	347. seq.		
l. 17. pr. cod. 448. seq. §. 2. cod. 452.		l. 3. §. 1. cod.	392. seq.		
seqq. §. 3. cod.	430	l. 4. cod.	340, 393		
		l. 7. §. 1. cod. 362. §. 2. cod. 360, 367.			

INDEX LEGUM.

l. 20. eod.	392	l. 33. eod.	285	l. 13. pr. eod.	227. sub fin.
l. 13. §. 1. de Servitut. præd. urb.	363	l. 41. eod.	326	l. 15. eod.	197
l. 20. §. 2. eod.	407	l. 9. de lege Rhod. de jact.	272	l. 16. pr. eod.	215
l. 33. eod.	468	l. 1. de Senatusconf. Macedon.	198	l. 17. pr. eod. 210. §. 1. eod. 217. 228.	
l. 40. eod.	363	l. 8. de Peculio.	40	§. 2. eod. 198. §. 3. eod. 161. §. 4.	
l. 1. pr. de Servitut. præd. rust. 6. §. 2.		l. 2. §. 1. Ad Senatusconf. Vellejan.	275	cod. 216. §. 5. eod. 218. §. ult.	
eod.	392. & 393			eod.	154. seq. 194
l. 5. §. 1. eod.	10	l. 24. Depositi.	212, 468	l. 23. §. 1. eod.	218
l. 6. pr. & §. 1. eod.	ibid. 275	l. 31. pr. eod.	49	l. 26. eod.	355
l. 24. eod.	7	l. 6. §. 4. §. Mandati.	74. & 75	l. 30. eod.	452
l. 33. §. 1. eod.	8. & 9	l. 10. §. 3. & 8. eod.	185	l. 31. eod.	207
l. 6. §. 2. si Servit. vindic.	468	l. 12. §. 9. eod. 212. §. 11. eod.	50	l. 32. pr. eod. 216. §. 1. eod. 217. §.	
l. ult. eod.	311	§. ult. eod.	279	2. eod.	212
l. 10. §. 1. Quemadm. servit. amitt.		l. 13. eod.	280	l. 34. eod.	212, 214, 221
	402	l. 32. eod.	75	l. 35. eod.	222
l. 11. pr. eod.	36, 292, 383, 403	l. 34. pr. eod.	468	l. 37. eod.	212
l. 4. pr. eod.	409	l. 58. §. 1. eod.	473	l. 41. §. 2. eod.	206. seq.
l. 18. pr. eod.	402	l. 59. §. 5. eod.	216. seq.	l. 43. eod.	219
l. 2. pr. Siquadrup. pauper. fec. dic.	136	l. 60. §. 4. eod.	485	l. 44. eod.	200
l. 2. pr. & §. 2. ad Leg. Aquil.	120.	l. 3. §. 3. Pro socio.	317	l. ult. eod.	343
	seq. 122	l. 52. §. 10. eod.	186	l. 4. pr. & §. 1. de Nautic. fœn.	188.
l. 3. eod.	114	l. 60. pr. eod. 160, 167, 212. seq.	293,		seqq.
l. 4. §. 5. eod.	273		447	l. 5. pr. eod.	188. seq.
l. 5. pr. & §. 1. eod. 20, 124. §. ult.		l. 63. pr. eod.	318	l. 7. eod.	66, 206. 452
eod.	19, 125	l. 67. §. 1. eod.	166	l. 7. de Probationib.	29, 53
l. 7. §. 2. eod. 131. §. 4. eod.	121,	l. 6. §. 1. de Contrahend. emtion.	444	l. 7. de Testibus.	ibid.
	128	l. 25. §. 1. eod.	46	l. 1. de Ritu nuptiar.	44
l. 9. §. ult. eod.	127	l. 54. eod.	288	l. 45. §. 6. eod.	283
l. 10. eod.	127	l. 57. pr. §. 1, 2, 3. eod.	323. seq.	l. 55. §. 1. eod.	282
l. 11. pr. eod. 127. §. 3. eod. 408. 134.		l. 58. eod.	324	l. 67. §. 3. eod.	283
§. 6. eod.	120, 300	l. 62. §. 1. eod.	325	l. 9. §. 1. de Jure donum.	ibid.
l. 3. §. 3. eod.	136	l. 72. p. eod.	444. seq.	l. 21. eod.	425. sub fin.
l. 15. pr. eod. ibid. §. 1. eod.	134	l. 78. §. ult. eod.	57	l. 41. pr. eod.	416
l. 21. pr. §. 1. & 2. eod.	137	l. 4. pr. de lege commissor.	444	l. 66. eod.	403
l. 23. §. 3. eod. ibid. 300, §. 8.	eod.	l. 3. de Rescindenda vendit.	320	l. 6. de Pactis dotalib.	470
	286	l. 6. eod.	444	l. 26. §. 4. eod.	480
l. 27. §. 5. eod. 138. §. 6. & seqq. eod.		l. ult. de Pericul. & commod. rei vend.		l. 45. Solutio matrimon.	ibid.
143. §. 12. eod. 138. §. 13. eod. 139.		l. 6. §. 1. de Servis exportand.	446	l. 1. §. 1. 4. & 12. de Agnosce. & alend.	
§. 14. eod. 142. & 143. §. 17. eod. 140.		l. 7. eod.	446	liberis.	496. seq. 500
§. 20, 21. eod. 143. seq. §. 25. eod.		l. 3. §. 2. de action. emt. & vend.	392	l. 3. §. 1. eod.	497
141, 350. §. 26. eod. 146. §. 30. eod.		l. 11. §. 1, & 2. eod. 47. §. 5. eod. 319.	seqq.	l. 4. eod.	500, 503
139. §. ult. eod.	144			l. 5. pr. §. 7. & 11. eod.	497
l. 28. pr. & §. 1. eod.	146. seq.	l. 12. eod.	147. seq.	l. 1. pr. & §. 1. de Ventre inspic.	360,
l. 29. pr. & §. 1. eod. 146. §. 2. eod. 144.		l. 13. §. 3, 4, 5 eod. 320. seqq. §. 20.			497
§. 3, 4. eod. 145. 148. §. 7. eod. 126		eod. 218. §. 26. 199. seq. §. 27, 28		l. 1. pr. de Tutelis.	262
l. 30. §. 1. eod. 136. §. 2. eod. 140. §. 3.				l. 6. §. 2. eod.	81, 109
eod.	146	l. 28. eod.	319	l. 1. pr. §. 1. & 2. de Testam. tutel.	296
l. 33. pr. eod.	137	l. 30. §. 1. eod.	318	l. 12. & seqq. eod.	7
l. 41. pr. eod.	140	l. 53. §. 1. eod.	325	l. 1. §. 1. de Tutorib. & Curatorib. dat.	
l. 45. §. 3. eod.	128	l. 13. §. 4. Locati conduct.	301	ab his.	109
l. 49. pr. eod. 142. §. 1.	145	l. 24. §. 1. eod.	425	l. 3. eod.	ibid.
l. 51. pr. §. 1. & 2. eod.	133. seq.	l. 1. pr. de Rerum permutat.	47	l. 8. pr. eod.	ibid.
l. 52. §. 1. eod. 145. §. ult. eod.	146	l. 5. §. 1. de Præscript. verb. 66. §. 2, 3.		l. 17. pr. eod.	6. sub fin.
l. 5. §. 3, 4. de His, qui effuder. vel deje-		eod.	439. seq.	l. 28. §. 1. de Administr. & peric. tut.	
cer.	21	l. 12. eod.	444		225
l. 2. §. 1. de Noxalib. action.	132. seq.	l. 14. §. 3. eod.	140	l. 47. §. 4. eod.	166
l. 27. pr. eod.	402	l. 15. eod.	440	l. 3. §. ult. de Suspect. tutorib.	27, 291
l. 1. Finium regund.	427	l. 1. pr. de Pignorib. & hypoth. 326. §. 3.		l. 7. §. 1. eod.	28
l. 4. §. 1. Famil. ercisc.	50	eod.	182, 193	l. ult. §. 1. de Fidejussorib. & nominato-	
l. 16. §. 1. eod.	341	l. 9. §. 1. eod.	264, 328	rib. tutor.	449
l. 9. §. 4. Ad exhibendum.	263	l. 11. §. 1. eod.	156, 193, 286	l. 4. de Curatorib. furios.	292, 501
l. 1. de Religiosis.	280	l. 17. eod.	454	l. 29. §. 12. de Liber. & posth.	32, 474
l. 11. eod.	446. seq.	l. 22. eod.	325. seqq.	l. 49. §. 1. de Heredib. instit.	25
l. 12. pr. eod.	359	l. 4. pr. In quib. caus. pign. vel hypoth.		l. 4. pr. de vulgar. & pupill. substit.	
l. 2. §. 3. de Rebus cred.	427	tacit. contrah.	424		424
l. 3. eod.	426	l. 5. §. 1. eod.	425	l. 5. §. 1. de Jure deliber.	56
l. 4. pr. eod.	176	l. 7. §. 1. eod.	ibid.	l. 52. princ. de Acquir. vel omitt. here-	
l. 7. eod.	451	l. 8. c. d.	193	dit.	394
l. 11. §. 1. eod.	447. seq. 451	l. 12. §. 6. Qui potiores in pign.	196	l. 1. pr. & §. 1. Testam. quemadm. ape-	
l. 15. eod.	468	l. 5. pr. Quib. mod. pign. vel hypoth.		riantur.	465, 503
l. 27. eod.	276	lolv.	42. seq. 72, 453 seqq.	l. 2. §. 3. de Jure codicillor.	261
l. 40. eod.	208, 449, 450	l. 7. §. 2. eod.	73, 455	l. 41. §. 8. de Legatis I.	362
l. 31. de Jurejurando.	54	l. 8. §. 2. eod. 73, 453. §. 6. eod.		l. 44. §. ult. eod.	358
l. 3. §. 3. de Condictio. ca. dat. ca. non			262	l. 114. §. 8. eod.	106
l. cur.	66	l. 1. §. 7. de Edilit. Edicto.	56	l. 66. §. 6. de Legat. II.	341
l. 5. pr. & §. 4. eod.	65	l. 18. pr. eod.	321	l. 76. §. 2. eod.	341
l. penult. eod.	37	l. 29. §. 2. eod.	222	l. 87. §. 1. eod.	219
l. ult. eod.	64, 65, 275	l. 38. §. 4. eod.	326	l. 23. de Legat. III.	261
l. 26. pr. de Condictio. indeb.	200	l. 58. §. ult. eod.	29	l. 31. eod.	362
l. 65. §. 1. eod.	293, 430	l. 1. pr. de Usuris. 182, 184, 202. §. 2.		l. 39. pr. eod.	212
l. 1. de Condict. triticar.	379	eod. 220. §. 3. eod.	225.	l. 47. §. 1. eod.	443. sub fin.
l. 2. §. ult. de Eo quod certo loc.	187	l. 3. §. ult. eod.	214, 262	l. 3. §. ult. de Annuis legat.	204
l. 4. Commodati.	437	l. 6. pr. & §. 1. eod.	205. seq.	l. 7. eod.	155
l. 13. §. 1. eod.	165	l. 7. eod.	224	l. 12. eod.	11, 357
l. 11. §. 5. de Pignerat. action.	425	l. 9. pr. eod. 200, 228. §. 1. eod. 196,		l. 1. de Usu & usufruct. legat.	34, 384.
l. 13. §. 1. eod.	11, 62, 286		218		seq. 399
l. 16. §. 1. eod.	326			l. 13. eod.	395

INDEX LEGUM.

l. 15. §. 1. cod.	358	l. 3. §. 14. de Itiner. actuque privat.	l. 29. pr. cod.	241, 461
l. 19. cod.	341		l. 5. §. 2. de Captiv. & postlim.	170
l. 23. cod.	411	l. 1. §. 11. & seqq. de Aqua cotidi-	l. 4. §. 13. de Re militari.	45
l. 25. cod.	347	an. & æstiv. 6. 9. seq. §. 16. cod. 8	l. 26. pr. & §. 1. Ad Municipalem.	83
l. 26. pr. cod.	410	l. 3. pr. cod.	l. 28. cod.	114
l. 32. §. 6. cod.	396	l. 7. §. 4. Quod vi, aut clam. 126, 144.	l. 1. pr. & §. 1, 2. de Munerib. & hon.	24
l. 35. cod.	306	sub fin.	l. 5. pr. de Operib. publ.	155, 194, 214
l. 37. cod.	386	l. 16. §. 1. cod.	l. 1. pr. de Pollicitation.	215
l. 38. cod.	11, 391	l. un. §. 4. de Remissionib.	l. 10. cod.	194
l. 41. cod.	391	l. 12. pr. de Precario.	l. 14. cod.	212
l. 42. cod.	141, 350	l. 1. §. ult. de Liberis exhib.	l. 5. §. 3. de Extraordin. cognition.	298
l. ult. cod.	289, 386	l. 2. cod.	l. 2. de Proxenicis.	14. sub fin. 329
l. 15. de Tritic. vind. vel ol. leg.	292	l. 14. pr. de Exception. rei judic.	l. 21. de Verbor. significa.	471
l. 12. §. 16. & seqq. de Instructo vel in-		l. 4. §. 33. de Dolim. & met. except.	l. 25. pr. cod.	341
strum, leg.	362		l. 30. pr. cod.	357
l. 9. §. 2. de Supellect. leg.	287	l. 3. §. ult. de Obligat. & action.	l. 42. cod.	26, 110. seq. 214
l. 1. de Aliment. legat.	463		l. 53. pr. cod.	296
l. 7. de Auro argent. mund.	387	l. 12. cod.	l. 86. cod.	7
l. 15. cod.	342	l. 23. cod.	l. 117. cod.	212
l. 27. §. 4. cod.	263, 348	l. 44. §. 1, 2. cod.	l. 121. cod.	167, 212. seq.
l. 3. §. 3. de Liberat. legat.	487	l. 49. cod.	l. 195. §. 2. cod.	262
l. 9. pr. de Rebus dubiis.	56. sub fin.	l. 1. §. 3, 4. de Verbor. obligat.	l. 27. de Divers. regul. Juris.	466, 469
l. 18. pr. de His, quæ ut indign.	197	seq. §. ult. cod.	l. 34. cod.	207
l. 92. de Conditionib. & demonstr.	106	l. 41. §. 1. cod.	l. 37. cod.	95
		l. 45. §. 2. cod.	l. 73. §. 1. cod.	296
l. 3. §. 2. ad Legem Falcid.	194	l. 75. §. ult. cod.	l. 105. cod.	103
l. 9. §. 1. cod.	495, 508	l. 83. §. 5. cod.	l. 116. pr. cod.	333
l. 68. pr. cod.	398	l. 101. cod.	l. 169. pr. cod.	132
l. 6. si cui plus quam per Leg. Falcid. lic.	379. seq.	l. 105. cod.		
l. 59. §. ult. cod.	479	l. 122. §. 3. cod. 217. §. 5. cod.		
l. 78. §. ult. cod.	432. seq.	l. 126. §. 1. cod.		
l. 5. §. 4. de Carbonian. Edict.	291	l. 137. §. 4. cod.		
l. un. pr. de Bonor. possess. ex testam. mi-	36	l. 1. §. 5. de Stipulation. serv.		
lit.		l. 19. cod.		
l. 2. Unde cognati.	423	l. 24. cod.		
l. 4. §. 2. de Gradib. & adfinib.	25	l. 32. cod.		
l. 2. §. 1. Quis ordo in possess. serv.	92	l. 51. §. 1. de Fidejussorib.		
l. 1. §. 4. de suis & legitim. hered.	298	l. 18. de Novationib.		
l. 1. §. 8. ad Senatufcons. Tertullian.	297	l. 25. cod.		
l. 2. §. 41. cod.	27. sub fin.	l. 23. de Solutionib.		
l. 1. §. ult. de Oper. novi nunc.	414	l. 72. pr. cod.		
l. 13. §. 8. de dam. infect.	367	l. 79. cod.		
l. 15. §. 13. cod.	362	l. 98. §. ult. cod.		
l. 24. pr. cod.	14, 18	l. ult. cod.		
l. 22. de Donationib.	215	l. 8. §. 4. de Acceptilation.		
l. 27. cod.	415	l. 10. Rem pup. vel adol. salv. for.		
l. 18. §. 2. de Mortis caus. donat.	281	l. 2. §. 1. Vi bonor. raptor.		
l. 17. pr. & §. 1. de Manumiss. vind.	108	l. 3. §. 7. de Incend. ruin. naufr.		
l. 29. de Manumiss. testam.	496, 498	l. 7. §. 2. de Injuriis.		
l. 26. §. 1. de Fideicommiss. libertat.	219	l. 17. §. 7. cod.		
l. 4. §. 1. de Statuliberis.	399. sub fin.	l. 35. cod.		
l. 21. pr. cod.	345	l. 4. de Extraordinar. criminib.		
l. 7. §. 5, 6. de Acquir. rer. domin. 3,	409	l. 5. de Sepulcr. violat.		
l. 9. §. 4. cod.	483, 484	l. ult. de Prævaricat.		
l. 14. pr. cod.	17	l. 4. de Custod. & exhibit. reor.		
l. 23. §. 3. cod.	294. seq. 373	l. 5. §. ult. Ad Legem Jul. de vi publ.		
l. 30. §. 3. cod.	4, 409	l. 1. pr. & §. 1. Ad Leg. Cornel. de Sicar.		
l. 48. §. 1. cod.	283, 436	l. 106. §. 3. cod.		
l. 49. cod.	371	l. 3. §. 5. cod.		
l. 55. cod.	38, 142	l. 7. cod.		
l. 63. §. 3. cod.	371	l. 9. cod.		
l. 1. §. 4. de Acquir. vel amitt. possess.	332. §. 21. cod.	l. pen. cod.		
l. 3. §. 3. cod. 39. §. 14. cod.	270	l. 1. de Leg. Pompej. de parricid.		
l. 12. pr. cod.	343. sub fin. 415	l. 5. cod.		
l. 51. cod.	40	l. 9. pr. cod.		
l. 10. pr. de Usurpat. & Usucap.	427	l. 7. de Leg. Cornel. de fals.		
l. 31. §. 1. cod.	ibid.	l. 6. pr. Ad Senatufcons. Turpill.		
l. 2. §. 16. pro Emptore.	408	245. sub fin.		
l. 2. pro Donato.	221	l. 1. pr. de Quæstionib.		
l. 15. §. 7. de Re judicat.	291	l. 20. cod.		
l. 53. §. 1. cod.	265	l. 3. de Pœnis.		
l. 8. pr. de Reb. auctor. judic. poss.	343	l. 6. pr. cod.		
l. 1. §. 5. de Separationibus.	106	l. 27. §. 1, 2. cod.		
l. 1. §. 1. Quorum bonorum.	379	l. 28. §. 15. cod.		
l. 1. pr. Quod legatorum.	ibid.	l. 39. cod.		
l. 1. §. 8. cod.	415	l. 41. cod.		
l. 1. §. 7. & 9. de Fluminib.	410	l. 1. de Bonis eor. qui ante sentent.		
l. ult. cod.	60	seq. 461		
l. 3. §. 13. de Vi, & vi armata.	415	l. 2. pr. cod.		
l. ult. Uti possideris.	ibid.	l. 5. de Interdictis & relegat.		
		l. 7. pr. cod.		
		l. 16. cod.		
		l. 19. de Appellationib.		
		l. 23. pr. cod.		
		l. 4. de Jure Fisci.		
		l. 6. pr. cod.		

INDEX LEGUM.

l. 19 de Testibus.	297	l. 23. eod.	42, 453	Ex Institutionibus Gaji.	
l. 3. de Pignerat. act.	64	l. ult. In quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.	425	L. 1. Tit. iv. §. 3.	282
l. 8. eod.	63, 290	l. 5. Si alien. res pign. data sit.	325	II. VII.	213, & 214
l. 9. eod.	62	l. ult. Quæ res pign. obl. pos. 387. sub fin.		E Sententiis Pauli.	
l. ult. Quod cum eo, qui in alien. potest. est.	120	l. 2. de Remission. pign.	43, 455	L. 1. Sentent. Tit. VIII.	330
l. ult. §. 1. de Compensation.	409	l. 4. de Exception. & præscription.	31	§. 5.	427. sub fin.
l. 1. de Usuris.	204	l. 8. eod.	101	§. ult.	239. sub fin.
l. 5. eod.	227	l. 9. eod.	ibid.	x. §. 2.	483
l. 9. eod.	126	l. 5. de Contrah. & committ. stipulat.	442	XIII. §. 4.	46
l. 10. eod.	228	l. 9. eod.	240	xv.	13
l. 11. eod.	192, 226. sub fin.	l. 3. de Fideiussorib. & mandatorib.	509	xix. §. 3.	401
l. 14. eod.	156, 193	l. 10. pr. & §. 1. eod.	30, 99, & 100	II. Sentent. XIV. §. 3.	188
l. 15. eod.	199	l. 6. de Solution. & liberation.	300, 428	§. 9.	200
l. 16. eod.	199	l. 9. de Patria potest.	497, 500	xvii. §. 6.	321
l. 17. eod.	156, 193	l. ult. de Emancipation. liberor.	399.	III. Sentent. VIII. §. 25.	354
l. 18. eod.	200	l. 2. de Infantib. expol.	500, 504. seq.	§. 30.	401
l. 22. eod.	193	l. 3. de Donationib. quæ sub modo, vel condit.	481	§. 31, & 36.	394
l. 23. eod.	154	l. 5. §. 6. ad Leg. Jul. Majest.	253	§. 32.	398
l. 25. eod.	ibid.	l. 9. ad Leg. Jul. de adulter.	249	§. 33.	399
l. 26. pr. eod. 227. §. 1. eod.	190, 201	l. 10. eod.	252, 254	§. 34.	298, 405
l. 28. eod.	196	l. 17. eod.	250	§. 36.	394, 397
l. 4. de Heredit. vel action. vend.	321	l. 30. §. 1. eod.	251	x. §. 5.	216
l. ult. eod.	325	l. un. §. 2. de Rapt. virgin.	255	IV. Sentent. I. §. 15.	452
l. 2. de Patrib. qui fil. suos distrax.	499	l. 8. Ad Leg. Cornel. de Sicar.	504. seq.	V. Sentent. IV. §. 6.	24. sub fin.
l. 5. de Rescindend. vend.	316, 320	l. un. de His, qui parent. vel liber. occider.	499	XXII. §. 1.	22
l. 10. eod.	331	l. 7. Ad Leg. Cornel. de falsis.	254	E Fragmentis Ulpiani.	
l. 5. de Action. emt. & vend.	219	l. 1. de Quæstionib.	52. seq.	Tit. I. §. 16.	47
l. 6. eod.	62	l. 2. de Abolitionib.	244, 246. seq.	XI. §. 1.	282
l. 2. de Pact. int. emt. & vendit.	444	l. 3. ad Senatuscons. Turpilian.	240	XI. §. 14.	296
l. 6. eod.	61	l. 16. de Pœnis.	251. sub fin.	XIX. §. 13. & 14.	33, 404
l. ult. eod.	447	l. 2. de Debitorib. civitat.	178	XXV. §. 1.	409
l. 5. de Locat. & conduct.	425	E Novellis.		E Collatione LL. Mosaicæ.	
l. 17. eod.	186	Novell. xxxiv. c. 1.	181	& Romanar.	
l. 16. de Nuptiis.	498	LXXVIII. c. 5. I	384	Tit. I. 67. seqq. 71, 106, 121, 383.	
l. 17. eod.	283	CXII. c. 2.	296	II.	119
l. 6. de Dot. promiss.	452	CXXXI. c. 1.	174	VI.	282. seq.
l. 26. de Jure dor.	478, 482	CXXXIV. c. 10.	251	VII.	20. seq. 124. seqq. 273
l. un. §. 13. de Rei uxore action.	254	CXXXVI. c. 5.	208	XII.	138, 143
l. 4. de Pact. convent. tam sup. dote.	299, 479	CLX. præf. & c. 1.	229	E Basilicis, & eorum Scholasticis.	
l. 7. eod.	481	E Codice Theodos.		Pag. 71, 141, 202. seq. 207, 218, 228, 243. seq. 75. seq. 268, 286, 330, 353, 359, 369, 390, 407, 428, 454, 459	
l. 2. Rerum amotar.	502	l. 1. de Usuris.	103, 159, 191, 227	E Novell. Leonis.	
l. 3. de Confirm. tutor.	81	l. 2. eod.	200	Nov. LXXXIII.	159, 174, 181
l. 22. de Administrat. tutor.	383	l. 2. de Curatorib. Kalendar.	179	E Jute Canonico.	
l. 1. de Heredit. tutor. vel curator.	449	l. 1. de Incestis nupt.	283	Caus. XIV. Q. 4. c. quoniam.	159
l. 1. de Usuris pupillarib.	203	l. 1. de Expositis.	499		
l. 4. de Prædiis & al. reb. minor.	482	l. 1. de Aliment. quæ inop. parent. de public. per. deb.	498		
l. 8. de Collationibus.	317	l. un. de His, qui sanguinol. empr. vel nutr. accep.	499		
l. 3. de Testament. & quemadm. testam. ordin.	262	l. 1. de Usuris rei judic.	191, 203, 221		
l. 3. de Repud. vel abstin. hered.	237, 428	l. 4. Quor. appellat. non recip.	251		
l. ult. de Legatis.	450	l. 2. Ad Leg. Juliam de adulter.	ibid.		
l. 1. de Fideicommissis.	205	l. 1. de Pœnis.	251. sub fin.		
l. 1. de Usuris & fructib. legator.	214	l. 1. de Abolitionibus.	244, 246		
l. 2. eod.	ibid.	l. 2. de Paganis.	103		
l. 4. eod.	ibid.				
l. 7. Ut in possession. legator.	378, 502				
l. ult. §. 4. de Bonis quæ liberis.	380				
l. 1. de Ordine cognition.	90				
l. 3. eod.	ibid.				
l. 9. de Acquir. & retin. possess.	52				
l. 9. de Præscript. longi temp.	101				
l. 9. Quomodo & quando Jud. sentent. profer. deb.	265				
l. 1. de Sentent. quæ fin. cert. quantir. profer.	220. seq.				
l. 2. Sentent. rescindi non posse.	31, 101				
l. 1. de Usuris rei judic.	194, 203, 221				
l. 2. eod.	203, 221				
l. 3. eod.	196, 203, 221				
l. 9. de Pignorib. & hypothec.	63				
		Lib. III. fragm.	316, & 317		

INDEX SCRIPTORUM VETERUM,

Qui explicantur, aut illustrantur.

A chilles Tattus.	91. seq.	Horatius.	27, 155, 163, 179, 198, 340, 461	Polybius in Excerpt. Peir.	212, & 213
Ælianus.	494, 499	Inscriptiones Veteres.	5, 84, 106, 112, 130, 144, 155, 178, 191, 194, 215, 218, 260, 302, 351, & 352, 357, 359, 462	Prudentius.	14, 85
Ambrosius.	107, 158, & 159, 168, 170, 174, 180, 202, 210, 228, & 229, 283, 329	Isidorus.	24, 74, 264, 283, 288, 340, 374	Priscianus.	421
Ammianus Marcellin.	51, 92, 107. seq.	Justinus.	27, 171, 291	Psalmus xv.	172
Appianus.	169, 183	Juvenalis.	90, 92. seq. 140, 199, 218	Quintilianus.	41, 88, 94, 131, 138, 238, 421, 496, 498, 505, 509
Apulejus.	23. seq. 54, 68, 84, 93	Lactantius.	15, 92, 158, 252, 348, 499, 504, 506	Salvianus Massil.	171
Aristoteles.	158, 163, 494	Lampridius.	85, 182	Scaurus Grammat.	421
Arnobius.	251	Livius.	23, 45, 95, 102. seqq. 110, 183, 272, 298, 361. sub fin.	Seneca [Marc.]	143, 495
Artemidorus.	222	Lucanus.	93	Seneca [Luc.]	14, seqq. 24, 29, 38, 45, 47, 86, 92, 97, 158, 167, 173. seq. 340, 381, 427, 441, 495, 507
Asconius.	84, 85, 106, 114, 100	Lucas Evangelista.	173	Seneca Tragicus.	106
Augustinus.	159, 174, 340	Manilius.	271, 365, 374	Servius.	123, 279, 292, 402, 501
Antonius.	18, 173, 298	Martialis.	136, 140	Siculus Flaccus.	359, 361
Basilus.	157, 210, 229	Matthæus Evangelista.	173	Sidonius.	85, 92, 180, 226, 228, 271, 365
Capitolinus.	51, 182, 282, 462	Michaël Attaliates.	14, 71	Suetonius.	43, 83. seq. 86, 89, 94, 106, 248, 263, 320, 348, 393, 428, 495, 509
Cassiodorus.	81, 82, 102. seq. 107	Moses.	169, 173	Symmachus.	241
Cato.	141, 158, 206, 350	Nonius.	155, 157, 162	Tacitus.	13, 160, 183, 240, 248, 254, 261, 281, 340, 495
Chrysostomus.	159, 163, 174	Ovidius.	17, & 18, 27, 41, 51, 54, 300	Terentius.	27, 45, 239, 422, 426
Cicero.	12, 14, 34, 44. seq. 85, 197, 99, 109, 110, 111, 123, seq. 173, 199, 184, 195, 198, 200, 224, 288, 298, 301, 310. seq. 313. seq. 315, 322, 328, 349, 358. seq. 381, 385, 402, 421. seqq. 428, 437, 495, 506. seq. 508	Passio SS. Perpetuæ, & Felicitatis.	499	Tertullianus.	82, 144, 171, 219, 240, 244, 363, 496
Cledonius.	102, 108	Paulus Apostolus.	29	Theophilus.	119, 361
Columella.	141, 351, 356	Perfius.	155, 163, 173, 221, 314, 509. sub fin.	Trebellius Pollio.	263
Curtius.	361	Petronius.	18, 186, 347, 366, 428	Valerius Max.	88, 94
Dialogus de Causis corrupt. eloq.	506	Phædrus.	38	Varro.	10, 157, 162, 268, 270, 314, 349, 350, 352, 374, 509
Dio in Excerpt. Peiresc.	248. sub fin. 384	Philo.	495	Vellejus.	109, 268
Dionysius Halicarn.	86, 439, 494. seq.	Photius.	71	Virgilius.	14, 23, 41, 45, 52, 74, 85, 107, 279, 292, 34, 347, 501
Donatus.	27, 340, 436	Plautus.	38, 45, 74, 120, 162. sub fin. 222, 275, 297, 314, 343, 361, 422, 442, 510	Vitruvius.	34, 364, 366
Ezechiel Propheta.	172	Plinius Maj.	35, 95, 120, 130, 142, 147, 180. seq. 263, 272, 348, 350. seq. 363	Volusius Macianus.	198
Festus.	86. seq. 99, 123, 157, 180, 421. seq.	Plinius Min.	88. sub fin. 93, seqq. 94, & 95, 110, 181, 194, 261, 364	Vopiscus.	86
Firmicus.	364, 498	Plutarchus.	84, 173. sub fin. 182, 184, 260, 494. seq.	Vulcatius Gallicanus.	51
Gellius.	87, 94. sub fin. 157, 270, 350, 402, 438, 441, 466			Xiphilinus.	222
Harmenopulus.	158, 180, 181				
Hieronymus.	172, 191, 202				

F I N I S.



1719

1719





Noodt, Gerard, 1647-1725

Gerardi Noodt, Noviomagi, Iurisconsulti Et Antecessoris, Opera Omnia Ab
Ipso Recognita, Aucta, Emendata, Multis In Locis, Atque In Duos Tomos
Distributa
Bd.: 1

Coloniae Agrippinae 1763

2 Jur.opp. 58-1

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10495361-9

VD18 80318614-001